



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000369140

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1509776-23.2019.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante/apelado GUILHERME DIAS, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso defensivo e deram provimento ao recurso do Ministério Público para afastar a causa de diminuição prevista no art. 29, §1º, do Código Penal, redimensionando a pena do réu Guilherme Dias para 07 (sete) anos, 03 (três) meses e 03 (três) dias de reclusão, regime fechado, além de 16 (dezesseis) dias-multa, no piso, mantida, no mais, a sentença. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente sem voto), MARCIA MONASSI E FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA.

São Paulo, 14 de abril de 2025.

AIRTON VIEIRA
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Apelação Criminal n. 1509776-23.2019.8.26.0506

Apelante/Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelado/Apelante: Guilherme Dias

Origem: 2ª Vara Criminal da Comarca de Ribeirão Preto

MMª. Juíza de Direito: Carolina Moreira Gama

Voto n. 12.882

APELAÇÕES. CRIMES DE ROUBO MAJORADOS. DUAS VEZES. CONCURSO DE AGENTES. (1) MATERIALIDADES E AUTORIA COMPROVADAS. PROVA ROBUSTA DE QUE O RÉU PRATICOU EFETIVAMENTE OS CRIMES DE ROUBO NARRADOS NA DENÚNCIA. (2) PALAVRAS DAS VÍTIMAS. VALIDADE. (3) PALAVRAS DE AGENTES PÚBLICOS VÁLIDAS E COESAS COM AS PROVAS DOS AUTOS. (4) INDÍCIOS. (5) SIMULAÇÃO DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. GRAVE AMEAÇA CONFIGURADA. (6) CONCURSO DE AGENTES. (7) PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO CABIMENTO. REFORMA. (8) CRIMES DE ROUBO CONSUMADOS. (9) CONCURSO FORMAL DE CRIMES. DUAS VÍTIMAS. (10) FUNDAMENTAÇÃO "PER RELATIONEM". CONDENAÇÃO. (11) DOSIMETRIA. PENAS-BASE FIXADAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. (12) PERÍODO DEPURADOR. (13) CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. (14) "BIS IN IDEM". INOCORRÊNCIA. (15) REINCIDÊNCIA X CONFISSÃO. PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA. (16) CONCURSO FORMAL DE CRIMES. DUAS VÍTIMAS. FRAÇÃO MANTIDA. (17) REGIME PRISIONAL FECHADO. MANUTENÇÃO. (18) IMPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO E PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL.

1. Materialidades e autoria comprovadas com relação aos crimes de roubo majorados, via concurso formal. Circunstâncias do caso concreto indicam o dolo adequado à espécie.

2. A palavra da vítima assume fundamental importância, eis que, em sede de crimes contra o patrimônio, normalmente tocados de clandestinidade, é a única na qual pode a autoridade judiciária fiar-se, à falta de testemunhas presenciais. Precedentes do STF (RHC 247.565/SP – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA - j. em 04/12/2024 – Dje de 05/12/2024; RHC 207.428 AgR/SC – Rel. Min. DIAS TOFFOLI - Primeira Turma – j. em 04/04/2022 – Dje de 26/05/2022; HC 207.000-AgR/SP - Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES - Primeira Turma – j. em 04/11/2021 – Dje de 11/11/2021; RHC 119.439/PR – Rel. Min. GILMAR MENDES - Segunda Turma – j. em 25/02/2014 – Dje de 05/09/2014; AI 854523 AgR/RJ – Rel. Min. LUIZ FUX - Primeira Turma – j. em 21/08/2012 – Dje de 05/09/2012) e do STJ (HC 775.546/SC – Rel. Min. Daniela Teixeira - Quinta Turma – j. em 12/11/2024 - Dje de 19/11/2024; AgRg no HC 849.435/SC – Rel. Min. Ribeiro Dantas - Quinta Turma – j. em 4/3/2024 - Dje de 7/3/2024;

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

AgRg no HC 771.598/RJ – Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFR) - Sexta Turma – j. em 19/9/2023 - DJe de 21/9/2023; AgRg no AREsp 2.035.719/SP – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik - Quinta Turma – j. 27/9/2022 - DJe de 30/9/2022; AgRg no HC 647.779/PR – Rel. Min. Laurita Vaz - Sexta Turma – j. 24/5/2022 - DJe de 31/5/2022; REsp n. 1.969.032/RS – Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) - Sexta Turma – j. 17/5/2022 - DJe de 20/5/2022].

3. Validade dos depoimentos de policiais. Os depoimentos judiciais de policiais, militares ou civis e de guardas civis, têm o mesmo valor dos depoimentos oriundos de quaisquer outras testemunhas estranhas aos quadros policiais. Entendimento contrário seria e é chapado absurdo, porque traduziria descabido e inconsequente preconceito, ao arrepio, ademais, das normas Constitucionais e legais. No duro, inexistente impedimento ou suspeição nos depoimentos prestados por policiais, militares ou civis, ou por guardas civis, mesmo porque seria um contrassenso o Estado, que outrora os credenciara para o exercício da repressão criminal, outorgando-lhes certa parcela do poder estatal, posteriormente, chamando-os à prestação de contas, perante o Poder Judiciário, não mais lhes emprestasse a mesma credibilidade no passado emprestada. Logo, são manifestas a ilegalidade e mesmo a inconstitucionalidade de entendimentos que subtraíssem, "a priori", valor dos sobreditos depoimentos judiciais pelo simples fato de terem sido prestados por pessoas revestidas da qualidade de policiais "lato sensu". Precedentes do STF (RHC 225.939/RO – Rel. Min. EDSON FACHIN – j. em 04/04/2023 – DJe de 10/04/2023; HC 223.425-AgR/RJ – Rel. Min. LUIZ FUX – Primeira Turma – j. em 01/03/2023 – DJe de 08/03/2023; HC 150.760/PR – Rel. Min. MARCO AURÉLIO – Primeira Turma – j. em 27/04/2021 – DJe de 13/05/2021; HC 87.662-5/PE – Rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO – Primeira Turma – j. em 05/09/2006 – DJU de 16/02/07; HC 73.518-5/SP – Rel. Min. CELSO DE MELLO – Primeira Turma – j. em 26/03/1996 – DJU de 18/10/1996 e HC 76.381/SP – Rel. Min. CARLOS VELLOSO – Segunda Turma – j. em 14/06/1998 – DJU de 14/08/1998) e do STJ (HC 926.476/SP – Rel. Min. Daniela Teixeira – Quinta Turma – j. em 15/10/2024 – DJe de 12/11/2024; AgRg nos EDcl no AREsp 2.407.884/GO – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – Quinta Turma – j. em 22/10/2024 – DJe de 25/10/2024; AgRg no HC 860.201/SP – Rel. Min. Messod Azulay Neto – Quinta Turma – j. em 17/6/2024 – DJe de 20/6/2024; AgRg no AREsp 1.917.106/MG – Rel. Min. Ribeiro Dantas – Quinta Turma – j. em 14/03/2023 – DJe de 17/03/2023; AgRg no HC 782.347/RJ – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 22/11/2022 – DJe de 28/11/2022; AgRg no HC 765.898/MG – Rel. Min. Laurita Vaz – Sexta Turma – j. em 25/10/2022 – DJe de 03/11/2022; AgRg no HC 740.458/SP – Rel. Min. Jesuíno Rissato – Quinta Turma – j. em 02/08/2022 – DJe de 16/8/2022 e AgRg no HC 695.249/SP – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 26/10/2021 – DJe de 03/11/2021).

4. Os indícios são as circunstâncias conhecidas e provadas a partir das quais, mediante um raciocínio lógico, pelo método

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

indutivo, se obtém a conclusão, firme, segura e sólida de outro facto; a indução parte do particular para o geral e, apesar de ser prova indireta, tem a mesma força que a testemunhal, a documental ou outra. Validade da utilização dos indícios como prova da autoria criminosa. Precedentes do STF (AP 470/MG – Pleno – Voto Min. CEZAR PELUSO – j. em 28/08/12 – Revista Trimestral de Jurisprudência – Volume 225 – Tomo II – pág. 1.218/1.220 e AP 470/MG – Pleno – Voto Min. LUIZ FUX – j. em 28/08/12 – Revista Trimestral de Jurisprudência – Volume 225 – Tomo II – pág. 838/842).

5. A simulação do emprego de arma de fogo, circunstância ignorada e impossível de ser verificada no momento em que se praticava a grave ameaça, resultou no mesmo efeito psicológico, causando fundado receio às vítimas, pois amedrontadas, não reagiram, visando a salvaguardar as suas vidas. Ora, a simulação de porte de arma é mais do que suficiente para que se reconheça a grave ameaça reclamada pelo tipo penal definidor do crime de roubo. Precedentes do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC 215.354 AgR/SP – Rel. Min. ROBERTO BARROSO - Primeira Turma – j. em 21/06/2022 – Dje de 28/06/2022) e do Superior Tribunal de Justiça: (AgRg no HC 687.887/SP – Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro - Sexta Turma – j. em 7/12/2021 - DJe de 13/12/2021; HC 575.728/SP – Rel. Min. Ribeiro Dantas - Quinta Turma – j. em 23/6/2020 - DJe de 26/6/2020).

6. Concurso de agentes devidamente comprovado pela prova oral judicial que individualizou, perfeitamente, quais as condutas ativas de cada um dos roubadores, todas, entretanto, voltadas para o mesmo fim comum, mercê de prévia divisão de tarefas.

7. Não cabimento da participação de menor importância, uma vez que restou suficientemente comprovado o prévio ajustamento de condutas, todas voltadas para o mesmo fim criminoso. Precedente do STJ (AgRg no HC 969.240/SP – Rel. Min. Ribeiro Dantas - Quinta Turma – j. em 26/2/2025 – Dje de 7/3/2025; HC 923.249/DF – Rel. Min. Daniela Teixeira - Quinta Turma – j. em 10/12/2024 – Dje de 16/12/2024; AgRg no AREsp 2.109.967/MG – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik - Quinta Turma – j. em 7/3/2023 - DJe de 10/3/2023). À evidência, não há falar-se em participação de menor importância, tendo o réu agido verdadeiramente como coautor. Reforma. Quem pilota motocicleta, em cuja garupa está o comparsa armado (ou simula o porte de arma de fogo), que efetua a subtração enquanto aguarda para dar posterior fuga, revelando prévio ajuste com divisão de tarefas, é coautor de um crime de roubo.

8. Crimes de roubo consumados. O roubo atinge o momento consumativo no exato momento em que, eficazmente exercida a violência, em sentido amplo, o agente consegue retirar a coisa da esfera do controle imediato do sujeito passivo, é dizer, da vítima. Em outras palavras, o crime de roubo consuma-se no momento em que o agente criminoso, é dizer, o roubador, torna-se o possuidor da coisa subtraída, mediante violência ou grave ameaça, ainda que haja imediata perseguição e prisão, quer por parte da vítima, quer por parte dos agentes da Lei, sendo prescindível que a coisa subtraída, a "res", saia da esfera de vigilância da vítima. Por isso, importa para coisa

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

nenhuma questionamento acerca da imperturbabilidade da posse ou de ser ela mansa e pacífica. Precedentes do STF (RE 102.490/SP – Rel. Min. MOREIRA ALVES – Tribunal Pleno – j. em 17/09/1987 – DJ de 16/08/1987; HC 237.549/MG – Rel. Min. CRISTIANO ZANIN – j. em 02/02/2024 – DJe de 06/02/2024; HC 233.025/SP – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA – j. em 29/11/2023 – DJe de 30/11/2023; RHC 222.309/SP – Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – j. em 16/11/2022 – DJe de 18/11/2022; RHC 198.256/SP – Rel. Min. GILMAR MENDES – j. em 16/03/2021 – DJe de 18/03/2021 e HC 179.443/BA – Rel. Min. CELSO DE MELLO – j. em 17/04/2020 – DJe de 23/04/2020). A propósito, no que diz respeito ao STJ, ele firmou a tese jurídica, para os fins do art. 1.036, do Código de Processo Civil: "Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada." (REsp 1.499.050/RJ – Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz – Terceira Seção – j. em 14/10/2015 – DJe de 09/11/2015). Por fim, o Superior Tribunal de Justiça aprovou a Súmula n. 582: "Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada". E, com base no entendimento da tese acima, é a jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no HC 918.770/SP – Rel. Min. Ribeiro Dantas - Quinta Turma – j. em 4/11/2024 - DJe de 7/11/2024; AgRg no AREsp 2.552.794/BA – Rel. Min. Ribeiro Dantas - Quinta Turma – j. em 23/4/2024 - DJe de 25/4/2024; AgRg no AREsp 2.286.197/BA – Rel. Min. Ribeiro Dantas – Quinta Turma – j. em 23/03/2023 – DJe de 28/03/2023; AgRg no AgRg no AREsp 2.013.102/RJ – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – Quinta Turma – j. em 08/03/2022 – DJe de 14/03/2022 e AgRg no HC 752.776/SC – Rel. Min. Messod Azulay Neto – Quinta Turma – j. em 06/03/2023 – DJe de 14/03/2023).

9. A remissão feita pelo Magistrado – referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a Pareceres do Ministério Público ou, ainda, às informações prestadas por Órgão apontado como coator) – constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir, tal como se verifica na espécie. Fundamentação "per relationem". Inexistência de afronta à norma constitucional insculpida no art. 93, IX, da Constituição Federal. Precedentes do STF (RHC 221.785-AgR/RS – Rel. Min. NUNES MARQUES – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 07/03/2023; ARE 1.370.438-ED/PR – Rel. Min. GILMAR MENDES – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 28/02/2023; HC 222.534-AgR/RS – Rel. Min. LUIZ FUX – Primeira Turma – j. em 13/02/2023 – DJe de 17/02/2023; HC 210.700-AgR/DF – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA – Segunda Turma – j. em 08/08/2022 – DJe de 09/09/2022; HC 186.720-AgR/SP – Rel.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Min. ROSA WEBER – Primeira Turma – j. em 29/08/2022 – DJe de 31/08/2022; HC 213.388-AgR/RS – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 27/04/2022 – DJe de 28/04/2022 e HC 207.155-AgR/PR – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 14/12/2021 – DJe de 07/02/2022).

10. Concurso formal de crimes. Patrimônio subtraído de duas vítimas. Se o agente pratica o crime, contra duas ou mais pessoas de uma só vez, ocorre o concurso formal, nos termos do art. 70, "caput", do Código Penal. Aliás, o entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: (RHC 221.004-AgR/MT – Rel. Min. GILMAR MENDES - Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 28/02/2023; HC 199.843-AgR/SP – Rel. Min. ROBERTO BARROSO - Primeira Turma – j. em 28/06/2021 – DJe de 01/07/2021; HC 190.090-AgR/SP – Rel. Min. EDSON FACHIN - Segunda Turma – j. em 30/11/2020 – DJe de 15/12/2020) e do Superior Tribunal de Justiça: (AgRg no HC 934.649/MG – Rel. Min. Daniela Teixeira - Quinta Turma – j. em 4/11/2024 - DJe de 6/11/2024; AgRg no AREsp 2.534.253/SP – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik - Quinta Turma – j. em 27/8/2024 - DJe de 2/9/2024; AgRg no AREsp 2.507.946/SP – Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro - Sexta Turma – j. em 27/8/2024 - DJe de 2/9/2024; AgRg no HC 907.890/SP – Rel. Min. Ribeiro Dantas - Quinta Turma – j. em 1/7/2024 - DJe de 12/8/2024; AgRg no HC 884.961/SP – Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz - Sexta Turma – j. em 27/5/2024 - DJe de 3/6/2024).

11. Penas-base fixadas acima do mínimo legal. Na dosimetria das penas do réu devem ser levadas em consideração as diretrizes do art. 59, "caput", do Código Penal, a saber: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos do crime, as suas circunstâncias e consequências, comportamento da vítima e tudo para que se possa calibrar as penas em conformidade com a necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime específico. Doutrina de Guilherme de Souza Nucci, Juan Carlos Ferre Olivé, Miguel Ángel Núñez Paz, William Terra de Oliveira e Alexis Couto de Brito.

12. Não há que se falar em afastamento dos maus antecedentes na fixação das penas-base em razão do decurso do tempo. Como é cediço, os antecedentes não são apagados após período depurador, pois o Código Penal adotou o chamado "sistema da perpetuidade". Entendimento do STF (RE 593.818-ED/SC – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Tribunal Pleno – j. em 25/04/2023 – DJe de 05/05/2023; HC 211.324-AgR/SP – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA – Segunda Turma – j. em 13/12/2022 – DJe de 09/01/2023; RE 1.402.758-AgR/SP – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 22/11/2022 – DJe de 23/11/2022; HC 209.193-AgR/DF – Rel. Min. NUNES MARQUES – Segunda Turma – j. em 14/03/2022 – DJe de 18/04/2022) e do STJ (AgRg no HC 750.611/SP – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – Quinta Turma – j. em 07/02/2023 – DJe de 14/02/2023; AgRg no HC 668.427/SP – Rel. Min. Ribeiro Dantas – Quinta Turma – j. em 07/06/2022 – DJe de 14/06/2022). Inteligência da doutrina de A. Silva Franco, J. Belloque e Victor Eduardo Rios Gonçalves.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

13. Não há que se falar da não recepção do art. 61, I, do Código Penal pela Carta Magna. A aplicação da reincidência como agravante da pena em processos criminais (art. 61, I, do Código Penal) foi declarada constitucional, em Repercussão Geral, por unanimidade, pelo Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RE 453.000-RG/RS – Rel. Min. MARCO AURÉLIO – Tribunal Pleno – j. em 04/04/2013 – DJe de 03/10/2013).

14. Havendo condenações diversas, mediante sentenças transitadas em julgado, inexistente violação ao princípio do "non bis in idem", se uma ou mais delas são tomadas para os fins de reconhecimento de maus antecedentes criminais, na primeira fase da dosimetria da pena (art. 59, "caput", do Código Penal) e outra ou outras diferentes são tomadas para os fins do reconhecimento da circunstância agravante da reincidência, na segunda fase da dosimetria da pena (art. 61, I, do Código Penal). Inteligência, ademais, da Súmula n. 241, do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, a Doutrina de Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini, Guilherme de Souza Nucci, André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves. Precedentes do STF (HC 215.998-AgR/SP – Rel. Min. EDSON FACHIN – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe 03/03/2023; HC 202.516-AgR/SP – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 23/08/2021 – DJe 30/08/2021; RHC 92.611/RJ – Rel. Min. GILMAR MENDES – Segunda Turma – j. em 16/04/2013 – DJe 02/05/2013; RHC 115.994/DF – Rel. Min. CÂRMEN LÚCIA – Segunda Turma – j. em 02/04/2013 – DJe 17/04/2013; RHC 110.727/DF – Rel. Min. DIAS TOFFOLI – Primeira Turma – j. em 17/04/2012 – DJe 10/05/2012 e HC 94.846/RS – Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – Primeira Turma – j. em 07/10/2008 – DJe 24/10/2008).

15. A circunstância agravante da reincidência deve preponderar sobre a circunstância atenuante da confissão espontânea, em estrita observância ao disposto no art. 67, do Código Penal. Precedentes de ambas as Turmas do STF (HC 174.158/SP – Rel. Min. MARCO AURÉLIO – Primeira Turma – j. em 11/05/2020 – DJe de 22/06/2020; HC 105.543/MS – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 26/05/2014 – DJe de 27/05/2014; RHC 118.107/MG – Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – Segunda Turma – j. em 29/05/2014 – DJe de 30/05/2014; RHC 120.677/SP – Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – Segunda Turma – j. em 01/04/2014 – DJe 02/04/2014 e RHC 115.994/DF – Rel. Min. CÂRMEN LÚCIA – Segunda Turma – j. em 02/04/2013 – DJe de 17.04.2013). E, ainda, conforme recentes decisões monocráticas proferidas pelos Ministros da SUPREMA CORTE: RHC 211.798/SP – Rel. Min. EDSON FACHIN – j. 22/02/2023 – DJe de 24/02/2023; HC 222.186/SP – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – j. 11/11/2022 – DJe de 14/11/2022; HC 220.776/SP – Rel. Min. CÂRMEN LÚCIA – j. em 07/10/2022 – DJe de 11/10/2022; HC 212.965/SP – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA – j. 03/09/2022 – DJe de 05/09/2022 e RHC 214.581/PR – Rel. Min. NUNES MARQUES – j. 01/08/2022 – DJe de 03/08/2022). Inteligência, ademais, da doutrina de Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini e Victor Eduardo Rios Gonçalves. Compensação mantida ante a concordância Ministerial.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

16. Concurso formal x "quantum" de aumento de pena. A respeito do "quantum" de majoração da pena, em razão do concurso formal de crimes, a doutrina e a jurisprudência entendem que o aumento da reprimenda deve levar em consideração o número de infrações praticadas. Doutrina de Celso Delmanto. Precedentes do STJ (AgRg no HC 787.003/MG – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 07/02/2023 – DJe de 13/02/2023; AgRg no HC 624.566/SC – Rel. Min. João Otávio de Noronha – Quinta Turma – j. em 27/09/2022 – DJe de 30/09/2022; AgRg no AgRg no AREsp 1.890.420/PR – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – Quinta Turma – j. em 06/09/2022 – DJe de 12/09/2022; AgRg no AREsp 1.910.762/RJ – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 09/11/2021 – DJe de 12/11/2021; AgRg no HC 664.447/SP – Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz – Sexta Turma – j. em 24/08/2021 – DJe de 30/08/2021).

17. Regime prisional. É medida de rigor a manutenção da imposição de regime inicial fechado para o cumprimento das penas do réu, tendo em vista as peculiaridades das circunstâncias que cercaram a prática da ação delituosa, sem se olvidar dos maus antecedentes e da reincidência, a revelar-se imperiosa. Precedentes do STF (HC 228.238-MC/SP – Rel. Min. NUNES MARQUES – j. em 22/05/2023 – DJe de 23/05/2023; HC 222.163-AgR/MS – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. 19/12/2022 – DJe de 06/02/2023; RHC 208.513-AgR/MG – Rel. Min. GILMAR MENDES – Segunda Turma – j. em 21/02/2022 – DJe de 03/03/2022; HC 203.078-AgR/SP – Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – Segunda Turma – j. 03/08/2021 – DJe de 09/08/2021) e do STJ (AgRg no HC 755.729/SP – Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro – Sexta Turma – j. 13/3/2023 – DJe de 16/3/2023; [AgRg no HC 780.147/SP – Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) – Sexta Turma – j. 7/3/2023 – DJe de 10/3/2023]; AgRg no HC 671.540/PB – Rel. Min. Messod Azulay Neto – Quinta Turma – j. 6/3/2023 – DJe de 14/3/2023).

18. Negado provimento ao recurso defensivo e dado provimento ao recurso Ministerial.

VOTO

Guilherme Dias foi denunciado como incurso nas penas do art. 157, §2º, II, por duas vezes, na forma do art. 70, "caput", ambos do Código Penal (fls. 169/173), e ao final se viu condenado, nos termos em que denunciado, reconhecida, porém, a participação de menor importância (art. 29, §1º, do Código Penal), a uma pena de 06 (seis) anos e 17 (dezessete) dias de reclusão, regime fechado e 13 (treze) dias-multa, no piso (fls.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

359/368).

Recorreu o **Ministério Público do Estado de São Paulo**, requerendo o afastamento da causa de diminuição de pena prevista no art. 29, §1º, do Código Penal (fls. 376/386).

A defesa do réu **Guilherme Dias** ofereceu contrarrazões à apelação, pugnando pelo improvimento do recurso Ministerial (fls. 403/407).

Recorreu, também, a defesa do réu **Guilherme Dias**, requerendo a absolvição pela insuficiência de provas (fls. 393/402).

O **Ministério Público do Estado de São Paulo** ofereceu contrarrazões à apelação, pugnando pelo improvimento do recurso defensivo (fls. 410/414).

A **Procuradoria Geral de Justiça** opinou pelo provimento do recurso Ministerial e pelo improvimento do recurso defensivo (fls. 423/429).

É o relatório que se acresce ao da sentença.

Nego provimento ao recurso defensivo e dou provimento ao recurso Ministerial.

O réu **Guilherme Dias** foi denunciado como incurso nas penas do art. 157, §2º, II, por duas vezes, na forma do art. 70, "caput", ambos do Código Penal, nos seguintes termos:

"O Ministério Público do Estado de São Paulo, por seu representante que esta subscreve, vem à presença de Vossa Excelência oferecer **DENÚNCIA** pelas práticas delituosas adiante descritas, apuradas no incluso auto de inquérito policial.
Consta dos autos que (BOs de fls. 3/4 e 6/7), no dia 31 de maio de

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

2019, por volta das 16h30min, na Avenida Treze de Maio, altura do nº

191, Jardim Paulista, nesta cidade e comarca de Ribeirão Preto, **GUILHERME DIAS**, qualificado às fls. 148/149, agindo de comum acordo e unidade de propósito com um comparsa não identificado, mediante emprego de grave ameaça: a) subtraiu para si coisa alheia móvel, consistente em 1 (um) telefone celular Samsung J8, avaliado em R\$ 332,10 (trezentos e trinta e dois reais e dez centavos – fls. 164/165) e pertencente à vítima **J.D.S.G.**; b) subtraiu para si coisa alheia móvel, consistente em 1 (um) telefone celular Motorola Moto G6, avaliado em R\$ 305,10 (trezentos e cinco reais e dez centavos – fls. 164/165) e pertencente à vítima **A.R.B.**

Consoante se apurou, o denunciado **GUILHERME** e um comparsa não identificado, intencionados em realizar assaltos, passaram a transitar pela via pública fazendo uso de um motociclo Honda/CG 160 Start, cor preta, placa FOY-3039-São José do Rio Preto/SP, registrada em nome de *Marli Terezinha Dias* (fls. 19), genitora do denunciado.

Assim, na data anteriormente indicada, **GUILHERME** transitava com o motociclo com seu comparsa ocupando a garupa, ocasião em que, em um ponto de ônibus situado na Avenida Treze de Maio, altura do nº 191, avistaram as vítimas indicadas e decidiram assaltá-las, ocasião em que o denunciado parou o veículo e o comparsa desceu anunciando o assalto e fazendo menção de estar armado.

Temerosas pela grave ameaça empreendida, as ofendidas entregaram seus aparelhos celulares aos assaltantes, que empreenderam fuga com o motociclo, consumando a infração penal. Contudo, as vítimas conseguiram visualizar a placa do motociclo (“FOY-3039-São José do Rio Preto/SP”), informação essa que constou nos boletins de ocorrência, o que possibilitou a verificação de que o motociclo estava registrado em nome da genitora de **GUILHERME**, cujos familiares residem na cidade de São José do Rio Preto/SP.

Se não bastasse, a vítima **J.D.S.G.** (fls. 5) conseguiu rastrear o seu aparelho celular posteriormente e verificou que ele estava ativo justamente na cidade de São José do Rio Preto/SP.

Todavia, já no dia 7 de junho de 2019, **GUILHERME** foi preso em flagrante delito, nesta cidade, por novo roubo praticado do mesmo modo e fazendo uso do mesmo referido motociclo Honda/CG 160 Start, que foi apreendido na ocasião (fls. 13/17).

Ademais, embora sem reconhecimento pessoal ou fotográfico, em razão de **GUILHERME** estar fazendo uso de capacete, na ocasião do roubo, as suas características físicas são coincidentes com o que foi declarado pelas ofendidas, conforme relatório de investigação de fls. 9/10, restando certo, desse modo, que o denunciado incorreu no crime de roubo consumado e majorado pelo concurso de agentes, bem como em concurso formal de crimes, uma vez que a ação delituosa atingiu bens de 2 (duas) vítimas distintas.

Diante de todo o exposto, denuncia-se **GUILHERME DIAS** como incurso no art. 157, §2º, inciso II, c.c. o art. 70, caput (2x), ambos do Código Penal, requerendo-se que, recebida e atuada esta, seja o denunciado citado para todos os termos do processo, procedendo-se à oitiva das vítimas e das testemunhas abaixo arroladas e prosseguindo-se de acordo com o artigo 396 e seguintes do Código de Processo Penal, até final condenação, com a fixação de valor mínimo para a reparação dos danos (art. 387, inciso IV, do Código de

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Processo Penal).
[...]" (fls. 169/173).

Então.

As materialidades criminosas roubadoras estão consubstanciadas nos boletins de ocorrência (fls. 03/04 e 06/07) e na prova oral colhida sob o crivo do contraditório (fls. 295/296 e 348/349 – mídias audiovisuais).

A autoria criminosa roubadora é indubitosa e deve ser imputada ao réu **Gulherme Dias** que, em Juízo, negou ter praticado os crimes narrados na denúncia. Disse que era usuário de drogas e utilizava a motocicleta apreendida que era de propriedade da sua mãe. Em diversas oportunidades em que estava na "biqueira" emprestava o veículo para terceiros. Foi preso em razão da motocicleta e não tinha ciência de que ela era usada em crimes. Recebeu o aparelho celular de alguns "indivíduos" e utilizou o bem móvel (fls. 295/296 e 348/349 – mídias audiovisuais). Entretanto, a sua negativa de autoria criminosa restou isolada nos autos.

Isto porque, a vítima **Jaine dos Santos**, na Delegacia de Polícia, disse que o condutor da motocicleta era branco, apresentava ser de estrutura alta e era "meio fortinho". Já o garupa que desceu da motocicleta era negro e mais magro. Na ocasião, ele estava usando barba e tinha tatuagem de uma frase em um dos braços. A placa da motocicleta era "FDY-3039" (fls. 05). Em Juízo, disse que estava no ponto de ônibus, quando dois indivíduos, em uma motocicleta, passaram por ela, retornaram e abordaram as vítimas, exigindo a entrega dos aparelhos celulares. Eram três vítimas, uma delas anotou a placa da motocicleta. Três aparelhos celulares foram roubados e não recuperados. O garupa da motocicleta realizou a abordagem. Conseguiu rastrear o seu aparelho celular, que estava na cidade de São José do Rio Preto. Não conseguiu reconhecer o réu (fls. 295/296 e 348/349 – mídias

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

audiovisuais)

Em solo policial, a vítima **Ângela Roberta** afirmou que o condutor da motocicleta era branco, apresentava ser de estrutura alta e era "meio fortinho". Já o garupa que dela desceu era negro e mais magro. Na ocasião, ele estava usando barba e tinha tatuagem de uma frase em um dos braços. A placa da motocicleta era "FDY-3039" (fls. 08). Em Juízo, contou que estava no ponto de ônibus com outras duas pessoas quando foi abordada por dois criminosos numa motocicleta. O roubador que estava na garupa da motocicleta colocou a mão na cintura e exigiu a entrega dos aparelhos celulares. Uma das vítimas anotou a placa da motocicleta, mas ela não quis fazer o boletim de ocorrência. Os criminosos usavam capacetes, tinham pele morena, altura e peso medianos. Conseguiu visualizar que o garupa tinha uma tatuagem na altura do braço. Reconheceu, com noventa por cento de certeza e em Juízo, o réu como sendo um dos roubadores (fls. 295/296 e 348/349 – mídias audiovisuais).

Ora, escusa dizer que o reconhecimento que uma vítima efetua, da pessoa do seu roubador, assume fundamental importância, eis que, em sede de crime de roubo, normalmente tocado de clandestinidade, a palavra da vítima é a única na qual pode a autoridade judiciária fiar-se, à falta de testemunhas presenciais. Por isso, quando o reconhecimento ocorre, sem que nada o macule, como no caso dos autos, o que cumpre é aceitá-lo, daí o correto entendimento jurisprudencial:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AUTORIA DELITIVA DEMONSTRADA. RECONHECIMENTO PESSOAL CORROBORADO POR OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. REEXAME DE FATOS E PROVAS: INVIABILIDADE. REGIME DE CUMPRIMENTO FECHADO: INADEQUAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

[...]

11. Ao contrário do que afirmado pela defesa, o reconhecimento

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

do recorrente não se alicerçou exclusivamente em seu tom de voz, sendo esse um dos elementos levados em conta pelas vítimas. Com efeito, além da voz do paciente, as vítimas destacaram sua compleição física, a qual, apesar de estar com o rosto encoberto no momento do crime, foi possível visualizar.

12. Além disso, a condenação do recorrente também não se baseou somente no reconhecimento. A par da referida diligência probatória, feita na fase de inquérito e repetida em Juízo, com idênticas conclusões, levou-se em conta o depoimento da vítima proprietária do bar que o identificou pelo fato de ter comparecido ao estabelecimento anteriormente, consumido refrigerante juntamente com outros indivíduos e indagado acerca de uma pessoa de nome “Claribe Aparecida Tavares”. Ademais, considerou-se o depoimento dos policiais responsáveis pela investigação.

[...]

22. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso ordinário em habeas corpus, com fundamento no art. 21, §1º, do RISTF, mas, com fundamento no art. 192 do RISTF, concedo, de ofício, a ordem de habeas corpus para fixar o regime semiaberto para início do cumprimento da pena imposta ao paciente, considerado o Processo nº 1500454-15.2019.8.26.0300 da 1ª Vara da Comarca de Jardinópolis/SP."

(STF - RHC 247.565/SP – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA - j. em 04/12/2024 – Dje de 05/12/2024);

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ALEGAÇÃO DE NÃO OBSERVÂNCIA DO ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. **CONDENAÇÃO QUE LEVOU EM CONTA O RECONHECIMENTO DA AUTORIA PELA VÍTIMA EM MOMENTOS DISTINTOS.** PEDIDO DE DESTAQUE. AUSÊNCIA DE EXCEPCIONALIDADE QUE VIABILIZE O ACOLHIMENTO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Não há que se falar em nulidade da condenação por ausência de observância do art. 226 do CPP, porquanto está amparada não só pelo reconhecimento da vítima, que, ao contrário do alegado, foi confirmado em juízo, como em outros elementos de prova, notadamente a prévia descrição física do paciente e a reafirmação da autoria do roubo em duas ocasiões distintas.

2. Segundo o entendimento consolidado nesta Corte, “os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo” (RE nº 425.734/MG-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma).

3. Ademais, se as instâncias ordinárias concluíram pela existência de provas suficientes de que o paciente seria o autor da imputação penal, para se chegar a uma conclusão diversa, necessário seria o reexame de fatos e provas, o qual o habeas corpus não comporta. Nesse sentido: RHC nº 105.150, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 4/5/12; RHC nº 121.092/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 12/5/14; HC nº 118.602/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 11/3/14; e o HC nº 111.398/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 3/5/12.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

4. Os argumentos da defesa não revelam excepcionalidade apta a viabilizar o acolhimento do pedido de destaque formulado.

5. Agravo regimental não provido."

(STF - RHC 207.428 AgR/SC – **Rel. Min. DIAS TOFFOLI** - Primeira Turma – j. em 04/04/2022 – Dje de 26/05/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. CONDENAÇÃO POR ROUBO. **ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA FUNDADA EXCLUSIVAMENTE EM RECONHECIMENTO PESSOAL. INOCORRÊNCIA. REEXAME DE PROVAS. VIA INADEQUADA.**

1. A instância ordinária decidiu a controvérsia com base em circunstâncias fáticas diversas das apresentadas pela defesa nesta impetração. Dessa forma, qualquer conclusão desta CORTE em sentido contrário demandaria minuciosa reanálise de fatos e provas, providência incompatível por esta via processual.

2. **Além disso, a condenação do paciente, ao contrário do alegado pela defesa, não foi baseada isoladamente no reconhecimento pessoal. As instâncias antecedentes assentaram a existência de outras provas aptas a subsidiar a manutenção da sentença condenatória, com destaque para o registro de que o paciente foi preso em flagrante próximo ao local dos fatos em poder do celular da vítima e da exata quantia em dinheiro que fora subtraída do caixa do estabelecimento. Precedentes.**

3. Agravo Regimental a que se nega provimento."

(STF - HC 207.000-AgR/SP - **Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES** - Primeira Turma – j. em 04/11/2021 – Dje de 11/11/2021);

"Recurso ordinário em habeas corpus.

2. Roubo majorado pelo concurso de agentes (art. 157, §2º, inciso II, c/c art. 70, todos do CP). Condenação.

3. Art. 212 do CPP. Ordem de inquirição das testemunhas. Ainda que se entendesse pela imposição de uma ordem legal, a jurisprudência do STF é no sentido de reconhecer a nulidade como relativa.

4. Reconhecimento pessoal (art. 226 do CPP). A lei processual penal não exige, mas recomenda a colocação de outras pessoas junto ao acusado, devendo tal procedimento ser observado sempre que possível.

5. **Presença de elementos seguros para manter a condenação do recorrente: prisão em flagrante; depoimentos dos policiais e das vítimas e reconhecimento do réu ratificado em juízo, sob o crivo do contraditório.**

6. Ausência de constrangimento ilegal. Recurso a que se nega provimento."

(STF - RHC 119.439/PR – **Rel. Min. GILMAR MENDES** - Segunda Turma – j. em 25/02/2014 – Dje de 05/09/2014);

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. ART. 157, §2º, I e II C/C ART. 70, CÓDIGO PENAL.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

COMPROVAÇÃO DE AUTORIA E MATERIALIDADE. PRELIMINAR FORMAL DE REPERCUSSÃO GERAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ARTIGO 543-A, §2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL C.C. ART. 327, §1º, DO RISTF. NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO.

[...]

4. Ademais, o agravante não trouxe nenhum argumento capaz de infirmar a decisão hostilizada, razão pela qual a mesma deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

5. In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou: "ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO – MATERIALIDADE, AUTORIA E CULPABILIDADE SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADAS – PALAVRA DAS VÍTIMAS – VALIDADE – DEPOIMENTOS HARMÔNICOS E COERENTES QUE DESCREVEM A PRÁTICA CRIMINOSA – APELANTES RECONHECIDO PELAS VÍTIMAS – É PRESCINDÍVEL A APREENSÃO DA ARMA PARA A CARACTERIZAÇÃO DA QUALIFICADORA NOS DELITOS DE ROUBO, PODENDO SER INFERIDO DE OUTROS ELEMENTOS DE PROVA – PENA QUE FOI BENÉFICA PARA O APELANTE – RECURSO DESPROVIDO."

6. Agravo regimental não provido."

(STF - AI 854523 AgR/RJ – Rel. Min. LUIZ FUX - Primeira Turma – j. em 21/08/2012 – Dje de 05/09/2012);

"DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO EM CONTINUIDADE DELITIVA. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO CONFIRMADO EM JUÍZO. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. INVIABILIDADE DO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus impetrado em favor de paciente condenado por roubo majorado (art. 157, §2º, incisos I e II, do Código Penal), cometido em duas ocasiões distintas, sob a alegação de nulidade do reconhecimento fotográfico por inobservância do art. 226 do Código de Processo Penal (CPP) e pedido de absolvição por ausência de provas. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) se a suposta inobservância do art. 226 do CPP no reconhecimento fotográfico gera nulidade; (ii) se há provas suficientes para sustentar a condenação, além do reconhecimento fotográfico. III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O habeas corpus não é substitutivo de recurso próprio ou revisão criminal, salvo quando há flagrante ilegalidade, o que não se verifica no presente caso.

4. A jurisprudência desta Corte considera que o reconhecimento fotográfico realizado sem a observância do art. 226 do CPP não gera nulidade quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, como o depoimento da vítima e o reconhecimento em Juízo.

5. A palavra da vítima, em crimes patrimoniais, possui elevado valor probatório, especialmente quando confirmada em Juízo e corroborada por depoimentos testemunhais consistentes.

6. A revisão de provas demandaria aprofundado exame do conjunto fático-probatório, o que não é cabível na via estreita do habeas corpus. IV. DISPOSITIVO

7. Habeas corpus não conhecido."

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

(STJ - HC 775.546/SC – Rel. Min. Daniela Teixeira - Quinta Turma – j. em 12/11/2024 - DJe de 19/11/2024);

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

2. De acordo com a jurisprudência pacificada neste Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de delitos contra o patrimônio, é assente que a palavra da vítima, desde que amparada em outras provas produzidas em juízo, assume relevância probatória diferenciada e deve, inclusive, prevalecer sobre as demais versões existentes nos autos. No caso concreto, o paciente foi reconhecido nas duas fases da persecução penal, além de ter sido apreendido na posse do celular roubado, o qual, inclusive, tentou vender, no mesmo dia dos fatos.

[...]

4. Agravo regimental não provido."

(STJ - AgRg no HC 849.435/SC – Rel. Min. Ribeiro Dantas - Quinta Turma – j. em 4/3/2024 - DJe de 7/3/2024);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. DESNECESSIDADE DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PALAVRA DA VÍTIMA. ESPECIAL VALOR PROBATÓRIO. RESTABELECIDA A CONDENAÇÃO.

1. O reconhecimento pessoal é necessário quando há dúvida quanto à individualização do suposto autor do fato. No entanto, se a vítima é capaz de individualizar o agente, não é necessário realizar o procedimento legal.

2. Na espécie, antes mesmo do reconhecimento fotográfico, a vítima já chegou na delegacia afirmando conhecer o acusado da mesma igreja em que frequentava. Dessa forma, o caso em comento é distinto daquele que levou à orientação jurisprudencial fixada pela Sexta Turma desta Corte, no HC n. 598.886/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz.

3. A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que, no crime de roubo, normalmente praticado por meio da clandestinidade, a palavra da vítima tem especial valor probatório, especialmente quando descreve, com firmeza e riqueza de detalhes, o fato delituoso. No caso, a vítima narrou a dinâmica delituosa com riqueza de detalhes ao relatar que, "ao retornar para casa, percebeu que estava sendo perseguido pelo acusado, que, de cima do muro de sua residência, anunciou o assalto, mostrando uma arma de fogo. O réu o ameaçou de morte, caso não entregasse o celular e o dinheiro, sendo certo que nada foi recuperado. Posteriormente, o ofendido compareceu à delegacia e apresentou as imagens das câmeras de segurança. Por fim, destacou que não teve dúvidas no reconhecimento acusado, por ser ele namorado de uma moça que frequentava a sua igreja (...)"

4. Agravo regimental provido para denegar a ordem e restabelecer a

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

condenação."

[STJ - AgRg no HC 771.598/RJ – **Rel. Min. Jesuíno Rissato**
(Desembargador Convocado do TJDFR) - Sexta Turma – j. em
19/9/2023 - DJe de 21/9/2023];

"PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. OBSERVÂNCIA AO ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. NULIDADE PROCESSUAL. NÃO OCORRÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS JUSTIFICAM O AGRAVAMENTO DO REGIME PRISIONAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No caso dos autos, observa-se que a condenação não restou embasada apenas no reconhecimento fotográfico realizado na fase policial, pois, além da confirmação do aludido procedimento em juízo, a vítima descreveu de forma minuciosa as características físicas do acusado, inclusive citando a presença de uma tatuagem, além de detalhar toda a dinâmica dos fatos.

2. Ressalta-se que "(...) Nos crimes patrimoniais como o descrito nestes autos, a palavra da vítima é de extrema relevância, sobretudo quando reforçada pelas demais provas dos autos" (AgRg no AREsp n. 1.250.627/SC, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe de 11/5/2018).

3. Embora a jurisprudência desta Corte seja firme no sentido de que "O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa", no caso dos autos, foram apresentados outros elementos probatórios, independentes do reconhecimento fotográfico, que atestaram a autoria delitiva. Nesse contexto, torna-se inviável o acolhimento do pleito absolutório.

4. Conforme jurisprudência desta Corte, é possível a utilização de circunstâncias judiciais desfavoráveis para fixação de regime mais gravoso, nos termos do art. 33, §3º c/c art. 59, ambos do Código Penal - CP.

5. Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no AREsp 2.035.719/SP – **Rel. Min. Joel Ilan Paciornik**
- Quinta Turma – j. em 27/9/2022 - DJe de 30/9/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PENAL. ROUBO MAJORADO. TESE DE ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA. ALEGAÇÃO DE QUE O DEPOIMENTO DO OFENDIDO SERIA INIDÔNEO. INOVAÇÃO RECURSAL. DOSIMETRIA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. VIOLÊNCIA EXCESSIVA. NÚMERO DE VÍTIMAS. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

1. A tese de absolvição não comporta acolhimento, pois, em regra,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

tendo as instâncias ordinárias concluído pela presença de provas suficientes quanto à autoria, a inversão do julgado, de maneira a fazer prevalecer o pleito absolutório do Agravante, demandaria revolvimento das provas e fatos que instruem o caderno processual, inviável na via eleita.

2. A conclusão adotada pelo Tribunal estadual encontra-se em harmonia com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual "em crimes contra o patrimônio, cometidos na clandestinidade, em especial o roubo, a palavra da vítima tem especial importância e prepondera, especialmente quando descreve, com firmeza, a cena criminosa" (HC 581.963/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2022, DJe 28/03/2022).

Ademais, não se pode olvidar que o veículo subtraído foi encontrado na posse do próprio Agravante, razão pela qual, dentro dos estreitos limites da via de habeas corpus, não se vislumbra ilegalidade flagrante a ensejar a absolvição do Sentenciado.

3. Não é passível de conhecimento a alegação defensiva de que o "depoimento da vítima não possui idoneidade, em razão de acontecimentos passados" entre esta e o Sentenciado, por se tratar de indevida inovação recursal.

4. Inexiste ilegalidade na avaliação desfavorável das circunstâncias do delito, tendo em vista a quantidade de vítimas atingidas (três, sendo duas de idade mais avançada) e a violência excessiva empregada pelos autores do crime, que desferiram coronhadas e socos no ofendido sem que ele apresentasse qualquer reação.

5. Agravo parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido." (STJ - AgRg no HC 647.779/PR – Rel. Min. Laurita Vaz - Sexta Turma – j. em 24/5/2022 - DJe de 31/5/2022);

"RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO PESSOAL. OBRIGATORIEDADE DA OBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR. DISTINGUISHING. AUSÊNCIA DE NULIDADE DO RECONHECIMENTO PESSOAL. ABSOLVIÇÃO. REVERSÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. No julgamento do HC 598.886/SC, da relatoria do Min. Rogério Schietti Cruz, decidiu a Sexta Turma, revendo anterior interpretação, no sentido de que se "determine, doravante, a invalidade de qualquer reconhecimento formal - pessoal ou fotográfico - que não siga estritamente o que determina o art. 226 do CPP, sob pena de continuar-se a gerar uma instabilidade e insegurança de sentenças judiciais que, sob o pretexto de que outras provas produzidas em apoio a tal ato - todas, porém, derivadas de um reconhecimento desconforme ao modelo normativo - autorizariam a condenação, potencializando, assim, o concreto risco de graves erros judiciários".

2. Apesar do reconhecimento fotográfico na fase inquisitorial não ter observado o procedimento legal, o presente caso enseja distinguishing quanto ao acórdão paradigma da nova orientação jurisprudencial, tendo em vista que a vítima relatou, nas fases inquisitorial e judicial, conhecer o réu pelo apelido de "boneco", bem como o pai do acusado, por serem vizinhos, o que não denota riscos de um reconhecimento falho.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, nos crimes contra

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

o patrimônio, a palavra da vítima possui especial relevo, tendo em vista sobretudo o *modus operandi* empregado na prática do delito, cometido na clandestinidade, sendo que a reversão das premissas fáticas do julgado, para fins de absolvição, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inadmissível a teor da Súmula 7/STJ.

4. Recurso especial improvido."

[STJ - REsp 1.969.032/RS – Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) - Sexta Turma – j. em 17/5/2022 - DJe de 20/5/2022];

Além disso, as vítimas desconheciam o réu, não havendo nenhum motivo para incriminá-lo injustamente.

Mas não é só.

Os policiais civis **José Guilherme** e **José Martins**, testemunhas arroladas pela acusação, em Juízo, relataram que as vítimas registraram o boletim de ocorrência de roubo, afirmando que estavam no ponto de ônibus quando foram roubados os seus aparelhos celulares. Os criminosos estavam numa motocicleta e simularam o porte de arma de fogo. Elas afirmaram que o piloto era forte, alto e de cor branca enquanto o garupa era negro e magro. Uma das vítimas anotou a placa da motocicleta, motivo pelo qual conseguiram identificar a proprietária do veículo, que estava na cidade de São José do Rio Preto. O réu era filho da proprietária do veículo e ele utilizava a mesma motocicleta utilizada no assalto. O réu foi preso pela prática de outro crime de roubo, realizado com o mesmo "modus operandi", subtração de aparelhos celulares de mulheres, com a mesma motocicleta e na mesma região. O aparelho celular de uma das vítimas do segundo crime foi encontrado em poder do réu. Contaram, ainda, que uma das vítimas conseguiu rastrear o aparelho celular roubado e ele estava localizado na cidade de São José do Rio Preto. Cruzaram os dados dos envolvidos e constataram que o réu participou de todos os crimes. O réu já tinha passagens criminais (fls. 295/296 e 348/349 – mídias audiovisuais).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Aliás, em se tratando de policiais, civis ou militares, mesmo guardas civis, há de se lembrar que os seus depoimentos judiciais têm valor igual aos depoimentos de quaisquer outras testemunhas estranhas aos quadros policiais, sendo totalmente descabido e inconsequente o preconceito acerca dos seus depoimentos, sob o pretexto, absurdo, de que viriam a Juízo com o intuito inicialmente mentiroso, a fim de legitimar suas condutas pretéritas, que teriam ensejado a prisão do réu. Na verdade, inexistente qualquer impedimento ou suspeição nos depoimentos, judiciais que sejam prestados por policiais, sejam civis ou militares, mesmo guardas civis, porque seria um contrassenso o Estado, que outrora os credenciara para o exercício da repressão criminal, outorgando-lhes certa parcela do poder estatal, posteriormente, quando os chamassem à prestação de contas, perante o Poder Judiciário, não mais lhes emprestasse a mesma credibilidade no passado emprestada. Não. Inexistente qualquer impedimento ou suspeição, no Código de Processo Penal, que faça desmerecer, em princípio, depoimentos provenientes de policiais, civis ou militares, também guardas civis, de resto, sendo inconstitucional qualquer entendimento que retirasse valor, "a priori", dos depoimentos policiais, pelo simples fato de terem sido prestados por pessoas revestidas de tal qualidade, é dizer, investidas em tais cargos públicos.

Nesse sentido, por sinal, a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"[...]

Nesse diapasão, a jurisprudência desta Suprema Corte é pacífica quanto à validade do depoimento de autoridade policial prestado em juízo, porquanto 'a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações' (HC 87662, Relator Carlos Britto, Primeira Turma, DJe 16.02.2007). Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS - PRISÃO EM FLAGRANTE - ALEGAÇÃO DE VÍCIO FORMAL - NULIDADE - INEXISTÊNCIA - PRETENDIDA REPERCUSSÃO SOBRE O PROCESSO E A CONDENAÇÃO PENAIIS - INOCORRÊNCIA - REEXAME DE PROVA - INVIABILIDADE - TESTEMUNHO PRESTADO POR

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

POLICIAIS - VALIDADE - PEDIDO INDEFERIDO. IRREGULARIDADE FORMAL DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE - INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO SOBRE O SUBSEQÜENTE PROCESSO PENAL DE CONDENAÇÃO. - A eventual existência de irregularidade formal na lavratura do auto de prisão em flagrante, ainda que possa descaracterizar o seu valor legal como instrumento consubstanciador da coação cautelar - impondo, em consequência, quando reais os vícios registrados, o próprio relaxamento da prisão - não se reveste, por si só, de eficácia invalidatória do subseqüente processo penal de conhecimento e nem repercute sobre a integridade jurídica da condenação penal supervenientemente decretada. **VALIDADE DO DEPOIMENTO TESTEMUNHAL DE AGENTES POLICIAIS. - O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. - O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos.** Doutrina e jurisprudência. INADMISSIBILIDADE DE REEXAME DA PROVA PENAL EM SEDE DE HABEAS CORPUS. - O reexame dos elementos probatórios produzidos no processo penal de condenação constitui matéria que, ordinariamente, refoge ao âmbito da via sumaríssima do habeas corpus. (HC 73518, Relator Celso de Mello, Primeira Turma, DJe 18.10.1996) Habeas corpus. 2. Paciente condenado como incurso no art. 12, da Lei nº 6.368, de 1976, a 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, além de 50 dias-multa. **3. Alegação de o réu ter sido condenado com base exclusiva em depoimento policial. 4. Nada existe nos autos que possa desabonar os depoimentos dos policiais, invocados na sentença, confirmada no acórdão. Além da comprovação da materialidade do delito, a prova testemunhal decorrente de declarações dos policiais foi colhida, em juízo, assegurado o contraditório, inexistindo qualquer elemento a indicar pretendessem os policiais incriminar inocentes.** 5. Habeas Corpus indeferido. (HC 77565, Relator Néri da Silveira, Segunda Turma, DJe 02.02.2001)

HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior. COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. A competência para julgá-lo é do Superior Tribunal de Justiça, ficando obstaculizada a possibilidade de o jurisdicionado proceder à escolha do órgão julgador. SENTENÇA - PROVA -

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

FLAGRANTE - DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. Na hipótese de prisão em flagrante, exsurge com inegável valia o depoimento dos agentes policiais. (HC 73529, Relator Marco Aurélio, Segunda Turma, DJe 06.09.1996) HABEAS CORPUS – ATO INDIVIDUAL – ADEQUAÇÃO. O habeas corpus é adequado em se tratando de impugnação a ato de colegiado ou individual. HABEAS CORPUS – REVISÃO CRIMINAL – ÓBICE – INEXISTÊNCIA. Em jogo a liberdade de ir e vir, cabível é o habeas corpus, ainda que o ato impugnado desafie revisão criminal. TÍTULO CONDENATÓRIO – FUNDAMENTOS – NULIDADE – AUSÊNCIA. É válida fundamentação de título condenatório, considerados depoimentos de policiais, colhidos sob o crivo do contraditório. CONDENAÇÃO – HIGIDEZ. Constando do título judicial condenatório notícia da comprovação da materialidade criminosa e da autoria, ante dados coligidos, descabe absolvição. (HC 166027, Relator Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 12.02.2021)

No caso concreto, embora o apenado tenha negado seu envolvimento, o magistrado formou seu convencimento quanto à participação do recorrente na tentativa de fuga com fulcro no depoimento do Chefe de Segurança da unidade prisional, Antonio Moraes, que presenciou os fatos (eDOC 7).

Da mesma forma, o Tribunal local entendeu, com base no depoimento do policial, 'que os apenados estavam escavando a parede para tentarem empreender fuga da unidade prisional, não restando dúvidas acerca da participação do agravante na empreitada fugitiva, pois, segundo resultou apurado, ele era o responsável por monitorar e avisar os demais apenados acerca do aproximação dos agentes penitenciários' (eDOC 5, p. 2).

Com efeito, não há ilegalidade na decisão que reconheceu a falta grave com base no depoimento do agente de segurança que presenciou os fatos.

[...]

Destarte, como não se trata de decisão manifestamente contrária à jurisprudência do STF ou de flagrante hipótese de constrangimento ilegal, descabe conceder a ordem.

2. Posto isso, com fulcro no art. 21, §1º, do RISTF, nego seguimento ao recurso ordinário em habeas corpus."

(STF – RHC 225.939/RO – Rel. Min. EDSON FACHIN – j. em 04/04/2023 – DJe de 10/04/2023);

"AGRAVO INTERNO NO HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AOS CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGOS 33 E 35 DA LEI Nº 11.343/06. PRETENDIDO JUÍZO ABSOLUTÓRIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DA DECISÃO RECORRIDA. RETERAÇÃO DAS RAZÕES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

[...]

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

2. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, sendo inadmissível a fundamentação da decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, *ex vi* do art. 155 do Código de Processo Penal. Precedente: AP 973, Red. p/ acórdão, Min. Nunes Marques, DJe de 28/03/2022.

3. **O testemunho policial, máxime diante da ausência de dúvidas quanto à imparcialidade do agente, em conjunto com as demais provas produzidas sob o contraditório é meio de prova idôneo.** Precedentes: HC 209.923-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 15/06/2022; RHC 208.086-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 08/03/2022; HC 214.062-ED, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 07/12/2022.

[...]

10. Agravo interno desprovido."

(STF – HC 223.425-AgR/RJ – Rel. Min. LUIZ FUX – Primeira Turma – j. em 01/03/2023 – DJe de 08/03/2023);

"*HABEAS CORPUS* – ATO INDIVIDUAL – ADEQUAÇÃO. O *habeas corpus* é adequado em se tratando de impugnação a ato de colegiado ou individual. *HABEAS CORPUS* – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. Revelando o *habeas corpus* parte única – o paciente, personificado pelo impetrante –, o instituto da supressão de instância há de ser tomado, no que visa beneficiá-la, com as cautelas próprias. TRÁFICO DE DROGAS – DUPLA PUNIÇÃO – INOCORRÊNCIA. Demonstrada condutas autônomas, em contextos diversos, não cabe cogitar de dupla punição ante único crime. **TÍTULO CONDENATÓRIO – FUNDAMENTAÇÃO. É válida fundamentação de título condenatório, considerados depoimentos, colhidos sob o crivo do contraditório, de policiais.** CONDENAÇÃO – HIGIDEZ. Constando do título judicial condenatório notícia da comprovação da materialidade criminosa e da autoria, ante dados coligidos, descabe absolvição por falta de prova. ISONOMIA – INOBSERVÂNCIA – AUSÊNCIA. Reveladas situações jurídicas diversas, inexistente inobservância ao princípio da isonomia. PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA. O princípio constitucional da não culpabilidade afasta a execução provisória da pena."

(STF – HC 150.760/PR – Rel. Min. MARCO AURÉLIO - Primeira Turma – j. em 27/04/2021 – DJe de 13/05/2021);

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSUFICIÊNCIA DAS PROVAS DE ACUSAÇÃO. **DEPOIMENTOS PRESTADOS EM JUÍZO POR AUTORIDADES POLICIAIS. VALIDADE.** REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.

É da jurisprudência desta Suprema Corte a absoluta validade, enquanto instrumento de prova, do depoimento em juízo (assegurado o contraditório, portanto) de autoridade policial que presidiu o inquérito policial ou que presenciou o momento do flagrante. Isto porque **a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações.**"

(STF – HC 87.662-5/PE – Rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO –

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Primeira Turma – j. em 05/09/2006 – DJU de 16/02/2007);

"O valor de **depoimento testemunhal de servidores policiais** - especialmente quando prestado em Juízo, sob a garantia do contraditório - **reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal.** O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos."
(STF – HC 73.518-5/SP – **Rel. Min. CELSO DE MELLO** – Primeira Turma – j. em 26/03/1996 – DJU de 18/10/1996);

"PROCESSUAL PENAL. PENAL. *HABEAS CORPUS*.
COMPETÊNCIA: APELAÇÃO: JULGAMENTO. **POLICIAL.**
TESTEMUNHA: VALIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA:
INOCORRÊNCIA. PROVA: EXAME: IMPOSSIBILIDADE.

[...]

II. - O simples fato de ser policial não torna suspeito ou inválido o seu testemunho. Precedentes do STF.

[...]

V. - HC indeferido."

(STF – HC 76.381/SP – **Rel. Min. CARLOS VELLOSO** – Segunda Turma – j. 14/06/1998 – DJU de 14/08/1998).

Não bastasse o entendimento jurisprudencial acima, do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a saber:

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA CONFIGURADA. VALIDADE DA PROVA. ILICITUDE NÃO CONFIGURADA. RECONHECIMENTO DA MINORANTE DO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. ASSOCIAÇÃO ESTÁVEL AO TRÁFICO. ORDEM DENEGADA. I. CASO EM EXAME

[...]

4. O depoimento dos policiais, corroborado pela apreensão de entorpecentes, constitui meio de prova válido, conforme entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, não havendo nulidade a ser reconhecida.

[...]

IV. ORDEM DENEGADA."

(STJ – HC 926.476/SP – **Rel. Min. Daniela Teixeira** – Quinta Turma – j. em 15/10/2024 – DJe de 12/11/2024);

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. ROUBO QUALIFICADO. NULIDADES AFASTADAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. TESTEMUNHO POLICIAL. PROVA VÁLIDA. PARCIALIDADE DO DEPOIMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

5. Outra questão é a alegação de que o depoimento policial não poderia ser considerado imparcial devido à relação com a vítima.

III. Razões de decidir

6. A decisão considerou que a entrada no domicílio foi justificada por fundadas suspeitas, com consentimento da mãe do acusado, não configurando violação de direitos.

7. O depoimento dos policiais foi considerado idôneo e corroborado por outras provas, não havendo prequestionamento a respeito da sua parcialidade.

8. A revisão do acervo probatório é inviável em recurso especial, conforme Súmula n. 7 do STJ.

IV. Dispositivo e tese9. Agravo regimental desprovido.

Tese de julgamento: "1. A entrada em domicílio sem mandado é lícita quando há fundadas razões de flagrante delito e consentimento do morador." **2. O depoimento policial é prova idônea, salvo demonstração de parcialidade.** 3. Ausente a discussão da controvérsia recursal nas instâncias ordinárias, atri-se a incidência das Súmulas n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal - STF.

Dispositivos relevantes citados: CF/1988, art. 5º, XI; CPP, arts.

155, 214. Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no REsp 2.097.120/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 11/12/2023; STJ, AgRg no AREsp n. 2.009.660/PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 27/6/2022; STJ, AgRg no HC 695.249/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 03/11/2021."

(STJ - AgRg nos EDcl no AREsp 2.407.884/GO – **Rel. Min. Joel Ilan Paciornik** - Quinta Turma – j. em 22/10/2024 - DJe de 25/10/2024);

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DA BUSCA DOMICILIAR. INOCORRÊNCIA. FUNDADAS RAZÕES. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

IV- O depoimento policial merece credibilidade em virtude da fé pública inerente ao exercício da função estatal, só podendo ser relativizado diante da existência de indícios que apontem para a incriminação injustificada de investigados por motivos pessoais.

Precedentes.

Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no HC 860.201/SP – **Rel. Min. Messod Azulay Neto** - Quinta Turma – j. em 17/6/2024 - DJe de 20/6/2024);

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INGRESSO NA RESIDÊNCIA DE UM DOS ACUSADOS. FUNDADAS RAZÕES. POSSIBILIDADE. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ADEMAIS, **CONDENAÇÃO AMPARADA EM OUTRAS PROVAS**. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA USO DE DROGAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES. AUMENTO PROPORCIONAL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7 DO STJ. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O entendimento perfilhado no acórdão recorrido está em harmonia com o decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 603.616/RO, Tema 280/STF, segundo o qual o ingresso dos policiais no domicílio do réu, sem autorização judicial ou consentimento do morador, será lícito quando houver fundadas razões da situação de flagrante delito naquela localidade.

2. No caso, os policiais encontraram com os suspeitos - antes mesmo do ingresso na residência de um dos acusados - uma porção de maconha, obtendo a informação de que "em um apartamento, naquela mesma rua, estavam dois comparsas [entre eles, o ora recorrente] e mais entorpecentes", o que motivou o deslocamento dos agentes até o imóvel no qual havia significativa quantidade de droga, bem como apetrechos relacionados ao comércio ilícito de entorpecentes. Sob tal contexto, não há como acolher a tese defensiva de ilicitude da prova, uma vez que evidente a presença de justa causa para a adoção da medida de busca domiciliar.

[...]

8. Ademais, esta Corte entende que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese.

[...]

17. Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no AREsp 1.917.106/MG – Rel. Min. Ribeiro Dantas - Quinta Turma – j. em 14/3/2023 - DJe de 17/3/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO PELOS CRIMES. INVIABILIDADE. CONTUNDENTE ACERVO PROBATÓRIO PARA LASTREAR AS CONDENAÇÕES. REVOLVIMENTO FÁTICO E PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA ESTREITA DO *MANDAMUS*. PRECEDENTES. **DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. PRECEDENTES.** APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE SEMILIBERDADE. INVIABILIDADE. GRAVIDADE DAS CONDUTAS

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

PERPETRADAS E REITERAÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

- O *habeas corpus* não é a via adequada para apreciar o pedido de absolvição ou de desclassificação de condutas, tendo em vista que, para se desconstituir o decidido pelas instâncias de origem, mostra-se necessário o reexame aprofundado dos fatos e das provas constantes dos autos, procedimento vedado pelos estreitos limites do *mandamus*, caracterizado pelo rito célere e por não admitir dilação probatória. Precedentes.

[...]

- Ademais, segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes.

[...]

- Agravo regimental não provido."

(STJ - AgRg no HC 782.347/RJ – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca - Quinta Turma – j. em 22/11/2022 - DJe de 28/11/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. AUTOR DO FATO ATRIBUIU A SI FALSA IDENTIDADE. SUPERVENIENTE RETIFICAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE. ART. 259 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. VEDAÇÃO À ARGUIÇÃO DE NULIDADE PROVOCADA PELA PARTE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Os elementos dos autos indicam que, ao ser preso em flagrante, o Paciente teria atribuído a si falsa identidade. Essa conduta, nos termos entendimento consolidado por esta Corte no Enunciado n. 522, da súmula de jurisprudência, é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa.

[...]

5. A despeito da alegação do Agravante no sentido de descredibilizar a diligência da Autoridade Policial na correta identificação do autor do fato, nenhum elemento nos autos demonstra aptidão para desconstruir a presunção de veracidade dos atos praticados pelos agentes estatais. Aliás, mutatis mutandis, a "jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos. Precedentes: AgRg no HC 606.384/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 29/09/2020; AgRg no AREsp n. 1.317.916/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 05/08/2019; REsp n. 1.302.515/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 17/05/2016; e HC n. 262.582/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 17/03/2016." (HC n. 608.558/RJ, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 1º/12/2020, DJe 7/12/2020).

6. Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no HC 765.898/MG – Rel. Min. Laurita Vaz - Sexta Turma – j. em 25/10/2022 - DJe de 3/11/2022);

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADES. AUSÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO DA CORTE ORIGINÁRIA. INCABÍVEL O CONHECIMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DA PRÁTICA DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONVICÇÃO DA CORTE LOCAL LASTREADA EM VASTOS ELEMENTOS DE PROVA. **IDONEIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. ALTERAÇÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE.** NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - Pedido de reconhecimento de nulidades: violação de domicílio e devassa em telefones celulares. Observa-se que as referidas teses não foram enfrentadas pela eg. Corte de origem. Nesse compasso, considerando que a Corte de origem não se pronunciou sobre os referidos temas expostos na presente impetração, este Tribunal Superior fica impedido de se debruçar sobre as matérias, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância. Precedentes.

[...]

IV - Registre-se, ainda, que os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos. Precedentes. Segundo a Corte a quo, os depoimentos dos policiais foram consistentes e coerentes.

Desta feita, o acolhimento da pretensão defensiva - a absolvição dos pacientes - requer a verticalização da prova, aprofundamento inviável de ser procedido no âmbito do remédio heroico.

Agravo regimental desprovido."

[STJ - AgRg no HC 740.458/SP – **Rel. Min. Jesuino Rissato** (Desembargador Convocado do TJDFT) - Quinta Turma – j. em 2/8/2022 - DJe de 16/8/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI N.º 11.343/2006. INVERSÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO E PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. **PALAVRA DE POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. PRECEDENTES.** CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI. PACIENTE REINCENTE. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA ACIMA DE 4 ANOS DE RECLUSÃO E REINCIDÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. QUANTUM SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. AGRAVO REGIMENTAL

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

NÃO PROVIDO.

1. Quanto ao pleito de aplicação do princípio da insignificância, prevalece neste Superior Tribunal de Justiça a diretriz no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de tráfico de drogas, por se tratar de crime de perigo abstrato ou presumido, sendo irrelevante para esse específico fim a quantidade de droga apreendida.

[...]

3. Segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso.

[...]

7. Agravo regimental improvido."

(STJ - AgRg no HC 695.249/SP – **Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca** - Quinta Turma – j. em 26/10/2021 - DJe de 03/11/2021);

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. No que tange ao pleito de absolvição ou desclassificação da conduta para o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, o acórdão combatido, ao manter a condenação pelo tráfico de drogas, consignou que o conjunto probatório aponta para a prática do crime, não somente em razão das substâncias apreendidas (56,59 gramas de "crack"), mas também diante da prova testemunhal.

2. Assim, para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem e concluir pela absolvição ou desclassificação do crime de tráfico de drogas para o do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

3. Ademais, esta Corte tem entendimento firmado de que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneos e suficientes para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese. Precedentes.

4. Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no Agravo em Recurso Especial 1.877.158/TO – **Rel. Min. Ribeiro Dantas** - Quinta Turma – j. em 14/09/2021 – DJe de 20/09/2021).

Por isso, força convir, os depoimentos judiciais dos policiais civis **José Guilherme** e **José Martins**, testemunhas arroladas pela acusação, merecem total credibilidade e servem, perfeitamente, para supedâneo da prolação da sentença condenatória, porquanto alinhados com as demais

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

provas existentes dos autos, especialmente com os depoimentos extrajudiciais e judiciais das duas vítimas.

A propósito, verifica-se que o réu confirmou, em Juízo, que a motocicleta que ele utilizava era de propriedade da sua genitora (a mesma utilizada nos crimes em tela). Afirmou, ainda, que, na "boqueira" recebeu um aparelho celular de um indivíduo para quem emprestara a sua motocicleta. As vítimas, em solo policial e em Juízo, foram precisas ao mencionar que os dois assaltantes praticaram os crimes de roubo com uma motocicleta e mediante simulação do emprego de arma de fogo. Disseram, também, que uma delas anotou a placa da motocicleta, "FDY-3039", usada pelo réu. As testemunhas arroladas pela acusação cuidaram de referendar as falas das vítimas e confirmaram que a placa "FDY-3039" era da motocicleta utilizada pelo réu, a evidenciar, a mais não poder, que as suas versões, de fato, retrataram fielmente o ocorrido.

Mas não só.

É dos autos que a motocicleta pertencia à genitora do réu, residente na cidade de São José do Rio Preto, e que era ele quem utilizava o veículo. Ainda, apenas uma semana depois dos crimes sob análise, o réu foi preso em flagrante delito, por crime de roubo, com o mesmo "modus operandi", fazendo uso da mesma motocicleta, na cidade de São José do Rio Preto. A vítima **Jaine dos Santos**, na Delegacia de Polícia, disse que o condutor da motocicleta era branco, apresentava ser de estrutura alta e era "meio fortinho". Conseguiu rastrear o seu aparelho celular roubado, que estava na cidade de São José do Rio Preto. Por fim, a vítima **Ângela Roberta**, em Juízo, afirmou que o piloto da motocicleta tinha a cor branca e era alto (fls. 295/296 e 348/349 – mídias audiovisuais). Ora, consta na folha de antecedentes do réu a fls. 180: "Características físicas - altura 1,71m, cabelos castanhos claros, olhos castanhos claros e pele branca". Não bastasse, ao

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

assistir às audiências virtuais, fácil a conclusão de que o réu possui as mesmas características físicas apontadas pelas vítimas, a afastar qualquer dúvida que ele participou, efetivamente, do crime narrado na denúncia. Abrir mão, dar de ombros para esse tipo de prova, sob os mais variados pretextos, todos ao arrepio da Lei, da Doutrina e mesmo da Jurisprudência mais comprometidas com o rigor científico, é lançar à vala absolutória aqueles que não estão a merecer o descaso estatal. Trago, para este fim, por todos, o ensinamento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"O sr. ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, Senhores Ministros, suponho que os votos que me antecederam, começando pelo do ilustre relator e do eminente revisor, foram, em relação aos fatos que se discutem nestes dois itens, exaustivamente examinados do ângulo da prova e do ponto de vista jurídico, assim como os votos que o acompanharam, alguns dos quais – até por questão de gentileza para com os colegas – foram abreviados, mas creio que, pelo volume dos votos escritos, também foram exaustivos. Tal é a razão por que, Senhor Presidente, embora eu tenha voto escrito, que não chega a corresponder ao cartapácio dos eminentes relator e revisor, mas que é suficiente para justificar minha convicção a respeito dos fatos, não o vou ler. Vou apenas, Senhor Presidente, fazer comentários sobre alguns aspectos que me parecem relevantes na condução do julgamento, sobretudo a respeito da fundamentação dos votos proferidos e, também, das razões pelas quais meu voto chega a determinadas conclusões.

Vou partir, Senhor Presidente, porque acho que isso não foi diretamente versado, embora indiretamente o tivesse sido, da conveniência de relembrar tema muito importante nesta causa e que é a questão dos 'indícios' ou da chamada 'prova indiciária'. E, também, porque a palavra 'indício', no direito positivo de que se trata, o processual penal, é polissêmica.

O termo comporta, aí, três sentidos. Aparece com o significado de 'suspeita', ou 'dados de suspeita', por exemplo, nos arts. 126, 134 e 312 do Código de Processo Penal. Aparece, ainda, agora como sinônimo de 'indicações', no art. 290, §1º, *b*. Mas, sobretudo, é considerado meio ou modalidade de prova, ou seja, espécie da classe dos documentos (de *docere*, ensinar), no seu sentido mais geral, como tudo aquilo que nos ensina alguma coisa sobre o passado, isto é, meio de reconstituição historiográfica dos fatos mediante o mesmo tipo de atividade lógica que desenvolve o historiador. A atividade lógica do juiz a respeito da existência dos fatos, no processo, em nada difere daquela que exerce um historiador no seu ofício. A diferença está apenas em que o juiz tem limitações legais, das quais o historiador é livre. Perante novos documentos ou revisão dos primitivos, o historiador pode, por exemplo, mudar suas hipóteses sobre o passado, mas o juiz, uma vez formado seu convencimento e explicitado na sentença, já nada pode fazer a respeito, ainda quando se convença de ter errado.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

O indício como meio de prova está definido no art. 239 do Código de Processo Penal. E a definição que ali consta é, na substância, correta. Indício, em direito processual, é o que a velha doutrina chamava de prova indireta ou crítico-lógica, em contraposição à prova chamada direta ou histórico-representativa.

Enquanto a testemunha, como exemplo dessa segunda espécie de prova, relata diretamente fato importante ou relevante para o julgamento da causa, dando-o a conhecer de maneira imediata pela narração, o indício parte de fato já provado, de cuja existência o juiz remonta, por raciocínio baseado em regra de experiência, à existência de um fato incerto que também é relevante para a causa.

Isso é o que, na definição legal, se traduz da menção a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato que deve ser provado, autoriza, por indução, concluir-se pela existência desse. Tal é o sentido que deve ser emprestado à norma, não obstante seu texto se refira a 'outra circunstância'.

Na verdade, o indício prova, de maneira indireta, o fato objeto da pesquisa probatória. Nisso, está toda a gente de acordo. E a maneira indireta pela qual ele atua no raciocínio e na convicção do juiz consiste, precisamente, na mecânica muito conhecida do processo lógico indutivo, segundo a qual a inteligência passa, por força da observação daquilo que acontece ordinariamente – coisa que os juristas gostam de referir como *id quod plerumque accidit* – da verificação ou prova de um fato, à convicção da existência de outro fato que comumente se lhe segue na ordem lógica. Trata-se, no fundo, de formular, com base na observação da repetição da ocorrência de fatos inter-relacionados e idênticos que compõem a experiência, um juízo ou uma proposição de caráter geral que, ditada pela lógica indutiva, afirme como regra a constância da relação entre esses fatos, ou seja, os fatos se sucedem comumente, quando a mesma situação típica se repita.

E, aqui, dois exemplos corriqueiros ajudam a entender. Se imaginarmos, por exemplo, um acidente de trânsito em que tenha havido abalroamento pela parte traseira de um dos veículos, enquanto seja fato conhecido e provado, a experiência cotidiana revela que comportamento de alguma forma culposos se infere *daqueloutro* fato provado. Por quê? Porque, de regra, segundo a observação empírica, é isso que, de um modo ou de outro, acontece. Quem abalroa por trás, ou não mantinha a distância regulamentar e, portanto, há aí comportamento imprudente, ou estava distraído, e o comportamento foi negligente, ou deu-se falha mecânica que, por negligência na revisão, lhe atribui também igual forma de culpa. E pode até cogitar-se de imperícia na condução do veículo.

É claro que, excepcionalmente – e por isso é causa que está fora do ordinário, é causa extraordinária -, pode acontecer que o veículo da frente tenha sofrido súbita frenagem e encetado marcha à ré. Mas isso é fato raro e, por isso mesmo, tem que ser provado como exceção. Então, digo que, se, por exemplo, está provada nos autos a existência de determinado fato que, segundo a experiência, deva levar à convicção da existência de outro, não se precisa indagar se a acusação produziu, ou não, a prova do fato que se infere à existência do fato provado – cuja prova já está feita. Se há algum fato extraordinário alegado, capaz de ilidir essa relação de constância entre os fatos, sua demonstração compete à defesa que alegue o fato extraordinário.

O segundo exemplo, que acho até mais apropriado, está em que, se

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

alguém que não aparece nos documentos oficiais como credor de certa importância, vai recebê-la clandestinamente, nos fundos de uma agência bancária, em dinheiro vivo, provindo de outra agência, onde foi descontado cheque do qual o sacador e o tomador foram a mesma pessoa, para se justificar, perante os registros contábeis oficiais, como forma de pagamento a fornecedores, evidentemente temos um fato provado que nos leva, pela observação, por regra de experiência, à conclusão de que esse comportamento é ilícito. Por quê? Porque pelo menos eu não conheço nenhuma pessoa que, sendo credora, receba o crédito dessa forma. Nunca ouvi dizer que credor costume ir a banco para receber, por si ou interposta pessoa, alta importância que, sacada num procedimento inusitado mas regular – porque o emitente do cheque pode endossá-lo tornando-se, ao mesmo tempo, sacador e tomador –, é paga a alguém que esteja à margem dos registros do crédito. Nunca vi coisa semelhante. O credor recebe pelas vias normais, porque é jurídica e reconhecidamente credor.

Então, se o fato do recebimento nessas circunstâncias clandestinas, por si ou interposta pessoa, está provado, a acusação não precisa fazer prova da existência de comportamento ilícito, porque isso é o que se infere da experiência e, como tal, é fato provado por indício.

Por que são importantes essas observações? Porque, no sistema processual, e não apenas no sistema processual penal, a eficácia retórica dos indícios ou da prova indiciária é a mesma da eficácia das provas diretas ou histórico-representativas.

Eu não vou cansar Vossas Excelências, chamando à colação, a respeito, a doutrina, que é corriqueira entre nós, mas gostaria de acentuar, para deixar mais claro, que Espínola Filho, por exemplo, já acentuava que não existe nenhuma hierarquia entre as provas, entre as diretas e os indícios. Mas vou mais longe. Frederico Marques, o grande Frederico Marques, era muito incisivo. E dizia textualmente:

O valor probante dos indícios e presunções (...) [conceitos que ele equiparava], no sistema de livre convencimento que o Código adota, é em tudo igual ao das provas diretas.

Tampouco deixa dúvida, a propósito, a doutrina atual.

O segundo ponto, Senhor Presidente, é que, por disposição expressa do Código de Processo Civil - se não me falha a memória, o art. 334, I –, os fatos chamados públicos e notórios independem de prova. Ninguém precisa fazer prova, em juízo, de que Brasília é a capital do Brasil. Ninguém precisa fazer prova em juízo de que o senhor João Paulo Cunha era presidente da Câmara dos Deputados à época dos fatos. São fatos públicos e notórios que correspondem a quê? Àquele patrimônio permanente de conhecimento do homem de cultura média, numa sociedade determinada, em certa época histórica, como a nossa. Daí por que a referência, por exemplo, a declarações que hajam sido prestadas a jornais, sem desmentido, a relatórios de comissões do Congresso Nacional, etc., enquanto fontes que não se equiparam a testemunhas, que devem vir a juízo para ser ouvidas em contraditório, são, no fundo, afirmações revestidas de caráter documental estrito e podem, assim, ser invocadas pelo julgador, porque têm por objeto a existência de fatos públicos e notórios. Aliás, as defesas, com todo o direito, e, mais do que com direito, com grande habilidade, juntaram, nos memoriais, vários documentos que não foram submetidos ao contraditório, na fundada esperança de que o julgador os leve em conta."

(STF – AP 470/MG – Pleno – Voto **Min. CEZAR PELUSO** – j. em

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

28/08/12 – Revista Trimestral de Jurisprudência, Volume 225, Tomo II, pág. 1.218/1.220);

"Com efeito, a atividade probatória sempre foi tradicionalmente ligada ao conceito de *verdade*, como se constatava na *summa divisio* que por séculos separou o processo civil e o processo penal, relacionando-os, respectivamente, às noções de verdade formal e de verdade material. Na filosofia do conhecimento, adotava-se a concepção de verdade como correspondência.

Nesse contexto, a função da prova no processo era bem definida. Seu papel seria o de transportar para o processo a verdade absoluta que ocorreria na vida dos litigantes. Daí dizer-se que a prova era concebida apenas em sua *função demonstrativa* (cf. TARUFFO, Michele. 'Funzione della prova: la funzione dimostrativa', in *Rivista di Diritto Processuale*, 1997).

O apego ferrenho a esta concepção gera a compreensão de que uma condenação no processo só pode decorrer da verdade dita 'real' e da (pretensa) certeza absoluta do juiz a respeito dos fatos. Com essa tendência, veio também o correlato desprestígio da prova indiciária, a *circumstantial evidence* de que falam os anglo-americanos, embora, como será exposto a seguir, o Supremo Tribunal Federal possua há décadas jurisprudência consolidada no sentido de que os indícios, como meio de provas que são, podem levar a uma condenação criminal.

Contemporaneamente, chegou-se à generalizada aceitação de que a verdade (indevidamente qualificada como 'absoluta', 'material' ou 'real') é algo inatingível pela compreensão humana, por isso que, no afã de se obter a solução jurídica concreta, o aplicador do Direito deve guiar-se pelo foco na argumentação, na persuasão, e nas inúmeras interações que o contraditório atual, compreendido como direito de influir eficazmente no resultado final do processo, permite aos litigantes, com se depreende da doutrina de Antonio do Passo Cabral (II *principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito*. *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LX, Nº 2, aprilegiugno, 2005, passim).

Assim, a prova deve ser, atualmente, concebida em sua *função persuasiva*, de permitir, através do debate, a argumentação em torno dos elementos probatórios trazidos aos autos, e o incentivo a um debate franco para a formação do convencimento dos sujeitos do processo. O que importa para o juízo é a denominada verdade suficiente constante dos autos; na esteira da velha parêmia *quod non est in actis, non est in mundo*. Resgata-se a importância que sempre tiveram, no contexto das provas produzidas, os indícios, que podem, sim, pela argumentação das partes e do juízo em torno das circunstâncias fáticas comprovadas, apontarem para uma conclusão segura e correta.

Essa função *persuasiva* da prova é a que mais bem se coaduna com o sistema do *livre convencimento motivado* ou da *persuasão racional*, previsto no art. 155 do CPP e no art. 93, IX, da Carta Magna, pelo qual o magistrado avalia livremente os elementos probatórios colhidos na instrução, mas tem a obrigação de fundamentar sua decisão, indicando expressamente suas razões de decidir.

Aliás, o Código de Processo Penal prevê expressamente a prova indiciária, assim a definindo no art. 239: *Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato,*

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

Sobre esse elemento de convicção, Giovanni Leone nos brinda com magistral explicação:

Presunção é a indução da existência de um fato desconhecido pela existência de um fato conhecido, supondo-se que deva ser verdadeiro para o caso concreto aquilo que ordinariamente sói ser para a maior parte dos casos nos quais aquele fato acontece.

(...)

A presunção é legal (*praesumptio iuris seu legis*) se a ilação do conhecido ao desconhecido é feita pela lei; por outro lado, a presunção é do homem (*praesumptio facti, seu hominis, seu iudicis*) se a ilação é feita pelo juiz, constituindo, portanto, uma operação mental do juiz.

(...)

No Direito Processual Penal não existem, de regra, ficções e presunções legais (...). Existe, ao contrário, a possibilidade de inclusão, no processo penal, como em qualquer outro processo, das presunções *hominis*.

A expressão máxima da presunção *hominis* é dada pela prova indiciária.

(Tradução livre do texto: *Presunzione è "l'induzione della esistenza di un fatto ignoto da quella di un fatto noto, sul presupposto che debba essere vero per il caso concreto ciò che ordinariamente suole essere vero per la maggior parte dei casi in cui quello rientra". (...) La presunzione è legale (praesumptio iuris seu legis) se la illazione dal noto all'ignoto è fatta dalla legge; ovvero dell'uomo (praesumptio facti, seu hominis, seu iudicis) se la illazione è fatta dal giudice, costituendo pertanto una operazione mentale del giudice. (...) Nel diritto processuale penale non esistono, di regola, finzioni e presunzioni legali (...). Trovano invece possibilità di inserimento nel processo penale, come in ogni altro processo, le presunzioni hominis. L'espressione massima della presunzione hominis è data dalle prove indiziarie.)*

(LEONE, Giovanni. Trattato di Diritto Processuale Penale. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162).

No mesmo sentido, Nicola Malatesta, para quem, pela prova indiciária, alcança-se determinada conclusão sobre um episódio através de um processo lógicoconstrutivo; mais precisamente: 'o indício é aquele argumento probatório indireto que deduz o desconhecido do conhecido por meio da relação de causalidade' (MALATESTA, Nicola Framarino dei. A lógica das provas em matéria criminal. Trad. J. Alves de Sá. Campinas: Servanda Editora, 2009, p. 236).

Assim é que, através de um fato devidamente provado que não constitui elemento do tipo penal, o julgador pode, mediante raciocínio engendrado com supedâneo nas suas experiências empíricas, concluir pela ocorrência de circunstância relevante para a qualificação penal da conduta.

Aliás, a força instrutória dos indícios é bastante para a elucidação de fatos, podendo, inclusive, por si próprios, o que não é apenas o caso dos autos, conduzir à prolação de decreto de índole condenatória. (cf. PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal: doutrina e*

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 90-91).

Neste sentido, este Egrégio Plenário, em época recente, decidiu que *'indícios e presunções, analisados à luz do princípio do livre convencimento, quando fortes, seguros, indutivos e não contrariados por contraindícios ou por prova direta, podem autorizar o juízo de culpa do agente'* (AP 481, Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2011). Idêntica a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, cabendo a referência aos seguintes julgados:

'O princípio processual penal do favor rei não ilide a possibilidade de utilização de presunções *hominis* ou *facti*, pelo juiz, para decidir sobre a procedência do *ius puniendi*, máxime porque o Código de Processo Penal prevê expressamente a prova indiciária, definindo-a no art. 239 como *"a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias"*. Doutrina (LEONE, Giovanni. Trattato di Diritto Processuale Penale. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162).'

(HC nº 111.666, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 08/05/2012)

CONDENAÇÃO - BASE. Constando do decreto condenatório dados relativos a participação em prática criminosa, descabe pretender fulminá-lo, a partir de alegação do envolvimento, na espécie, de simples indícios.

(HC 96062, Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009).

Em idêntico sentido: HC nº 83.542, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 09/03/2004; HC nº 83.348, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Primeira Turma, julgado em 21/10/2003.

As digressões ora engendradas se justificam porque, nesses delitos econômicos e sofisticados, unem-se as forças das provas diretas e dos indícios.

No Direito Comparado, no qual se abeberam nossos juristas, também se perfilha entendimento semelhante. Assim é que a utilização da prova indiciária para embasar a sentença penal condenatória é admitida, v. g., em Portugal, cujo Supremo Tribunal de Justiça já decidiu:

IV - A prova nem sempre é directa, de percepção imediata, muitas vezes é baseada em indícios.

V - Indícios são as circunstâncias conhecidas e provadas a partir das quais, mediante um raciocínio lógico, pelo método indutivo, se obtém a conclusão, firme, segura e sólida de outro facto; a indução parte do particular para o geral e, apesar de ser prova indirecta, tem a mesma força que a testemunhal, a documental ou outra.

VI - A prova indiciária é suficiente para determinar a participação no facto punível se da sentença constarem os factos-base (requisito de ordem formal) e se os indícios estiverem completamente demonstrados por prova directa (requisito de ordem material), os quais devem ser de natureza inequivocamente acusatória, plurais, contemporâneos do facto a provar e, sendo vários, estar interrelacionados de modo a que reforcem o juízo de inferência.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

VII - O juízo de inferência deve ser razoável, não arbitrário, absurdo ou infundado, e respeitar a lógica da experiência e da vida; dos factos-base há-de derivar o elemento que se pretende provar, existindo entre ambos um nexo preciso, directo, segundo as regras da experiência.'

(Portugal, Supremo Tribunal de Justiça, Processo nº 07P1416, nº convencional JST000, nº do documento SJ200707110014163, relator Armindo Monteiro, data do acórdão 11/07/2007).

Consectariamente, o quadro probatório dos autos, composto das provas orais, documentais e periciais são suficientes para lastrear uma decisão justa e atenta às garantias penais e processuais.

Advirta-se que a presunção de não culpabilidade somente atua como um *peso* em favor do acusado no momento da prolação da sentença de mérito. É dizer: se, para a sentença absolutória, existe um relaxamento na formação da convicção e na fundamentação do juiz, na sentença condenatória, deve o magistrado romper esta força ou peso estabelecido pelo ordenamento em sentido contrário. Em suma: a presunção de não culpabilidade pode ser ilidida até mesmo por indícios que apontem a real probabilidade da configuração da conduta criminosa. A condenação, na esteira do quanto já exposto, não necessita basear-se em verdades absolutas, por isso que os indícios podem ter, **no conjunto probatório**, robustez suficiente para que se pronuncie um juízo condenatório.

O critério de que a condenação tenha que provir de uma convicção formada para 'além da dúvida razoável' **não impõe que qualquer mínima ou remota possibilidade aventada pelo acusado já impeça que se chegue a um juízo condenatório**. Toda vez que as dúvidas que surjam das alegações de defesa e das provas favoráveis à versão dos acusados não forem razoáveis, não forem críveis diante das demais provas, pode haver condenação. Lembremos que a presunção de não culpabilidade não transforma o critério da 'dúvida razoável' em 'certeza absoluta'.

Nesse cenário, caberá ao magistrado criminal confrontar as versões de acusação e defesa com o contexto probatório, verificando se são verossímeis as alegações de parte a parte diante do cotejo com a prova colhida. Ao Ministério Público caberá avançar nas provas ao ponto ótimo em que o conjunto probatório seja suficiente para levar a Corte a uma conclusão intensa o bastante para que não haja dúvida, ou que esta seja reduzida a um patamar baixo no qual a versão defensiva seja 'irrazoável', inacreditável ou inverossímil.

Nesse contexto, a defesa deve trazer argumentos devidamente provados que infirmem as ilações articuladas pela acusação. A simples negativa genérica é incapaz de desconstruir o itinerário lógico que leva *prima facie* à condenação. Como é de sabença geral, a prova do alibi incumbe ao réu, nos termos do que dispõe o art. 156 do Código de Processo Penal ('A *prova da alegação incumbirá a quem a fizer* [...]'). Assim também a remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sendo de rigor consignar os seguintes arestos:

EMENTA: - PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. JÚRI: SOBERANIA. CF, ART. 5º, XXXVIII. CPP, ART. 593, III, d. ÁLIBI: ÔNUS DA PROVA. CPP, ART. 156. I. - A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri não exclui a recorribilidade de suas decisões, quando manifestamente contrárias à prova dos autos (CPP, art. 593, III, d). Provido o

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

recurso, o réu será submetido a novo julgamento pelo Júri. II. - **Cabe à defesa a produção de prova da ocorrência de álibi que aproveite ao réu (CPP, art. 156).** III. - HC indeferido. (HC 70742, Relator Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 16/08/1994, DJ 30-06-2000)

EMENTA: HABEAS CORPUS - ÁLIBI - CIRCUNSTÂNCIA INVOCADA APÓS A CONDENAÇÃO - CONTRADIÇÃO COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA - IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DESSA MATÉRIA EM SEDE DE HABEAS CORPUS - ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - ORDEM DENEGADA. - **O álibi, enquanto elemento de defesa, deve ser comprovado, no processo penal condenatório, pelo réu a quem seu reconhecimento aproveita.** - O habeas corpus não constitui sede processualmente adequada ao reconhecimento do álibi se este se revela incompatível com a prova produzida, sob o crivo do contraditório, no procedimento penal. - É lícita a audiência de instrução quando, ausente o Advogado constituído, que fora regularmente intimado de sua realização, vem o réu a ser assistido por defensor dativo designado pelo Juiz processante. (HC 68964, Relator Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 17/12/1991, DJ 22-04-1994).

A lição é idêntica em sede doutrinária. Tratando do álibi, preleciona Damásio de Jesus que *'[q]uem alega deve prová-lo, sob pena de confissão'* (Código de Processo Penal anotado. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 187).

Ora, se a prova deve ser compreendida em sua função *persuasiva*, é na argumentação do processo que se deve buscar o convencimento necessário aos magistrados para o teste probatório às alegações das partes. E um conjunto probatório seguro, cuja elaboração, decorrente do debate processual, seja apta a reconstruir os fatos da vida e apontar para a ocorrência dos fatos alegados pelo Ministério Público, é o suficiente para extirpar qualquer 'dúvida razoável' que as alegações de defesa tentavam impingir na convicção do julgador."

(STF – AP 470/MG – Pleno – Voto **Min. LUIZ FUX** – j. em 28/08/12 – Revista Trimestral de Jurisprudência, Volume 225, Tomo II, pág. 838/842).

Ante o exposto, de rigor a manutenção da condenação do réu pela prática dos crimes de roubo narrados na denúncia, isto porque o réu e o seu comparsa não identificado, mediante grave ameaça exercida mercê de simulação do emprego de arma de fogo, subtraíram, para si, os bens móveis de propriedade das vítimas. O comparsa do réu (garupa e não identificado), com uma das mãos dentro da camisa, dando a entender que portava uma arma de fogo, abordou as vítimas e exigiu a entrega dos aparelhos celulares. O réu **Guilherme Dias** era o piloto da motocicleta utilizada no crime, conforme confirmado pela prova oral judicial (fls. 295/296 e 348/349 – mídias

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

audiovisuais). Induvidoso, portanto, que o réu e o seu comparsa não identificado subtraíram a "res" mediante grave ameaça exercida com simulação de emprego de arma de fogo, conduta que se amolda ao tipo previsto no art. 157, "caput", do Código Penal. Com efeito, o emprego de simulação de porte de arma de fogo, circunstância ignorada e impossível de ser verificada no momento em que se praticava a grave ameaça, resultou no mesmo efeito psicológico, causando fundado receio às vítimas, pois amedrontadas, que não reagiram, visando a salvaguardar as suas vidas. A simulação de porte de arma é mais do que suficiente para que se reconheça a grave ameaça reclamada pelo tipo penal definidor do crime de roubo.

Neste sentido é o entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e do Superior Tribunal de Justiça:

"DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO. REGIME MAIS GRAVOSO. ALEGAÇÃO NÃO APRECIADA PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE, ABUSO DE PODER OU TERATOLOGIA.

1. As alegações da defesa não foram analisadas pelas instâncias de origem (TJ/SP e STJ), fato que impede o exame da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de dupla supressão de instância.

2. A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea (Súmula 719/STF). Contudo, no caso, o regime fechado foi fixado com apoio em dados empíricos idôneos, extraídos da prova judicialmente colhida. Até porque a hipótese é de paciente condenado pelos crimes de receptação e pelo crime de roubo, praticado em concurso de agentes e mediante grave ameaça exercida por meio de simulação de porte de arma de fogo.

[...]

6. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STF - HC 215.354 AgR/SP – Rel. Min. ROBERTO BARROSO - Primeira Turma – j. em 21/06/2022 – Dje de 28/06/2022);

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO TENTADO. PENA-BASE. **CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. SIMULACRO DE ARMA DE FOGO. ELEMENTO ÍNSITO AO TIPO PENAL.**

1. De acordo com a jurisprudência desta Corte, a grave ameaça exercida mediante simulação de porte de arma é circunstância

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

que está englobada pela elementar do tipo e não extrapola a reprovabilidade já ínsita ao delito de roubo. Precedentes.

2. Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no HC 687.887/SP – **Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro** - Sexta Turma – j. em 7/12/2021 - DJe de 13/12/2021);

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO. DOSIMETRIA. EMPREGO DE SIMULACRO DE ARMA DE FOGO. FUNDAMENTO INIDÔNEO PARA O INCREMENTO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME AFASTADAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. RÉU COM MAUS ANTECEDENTES. PENA ENTRE 4 E 8 ANOS. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, §3º, DO CÓDIGO PENAL. REINCIDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. AUSÊNCIA DE REFLEXO NO REGIME PRISIONAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. A simulação de arma de fogo não pode ser utilizada para majorar a pena-base, sob pena de incorrer em indevido bis in idem, pois tal circunstância já foi valorada para a tipificação da conduta como crime de roubo, caracterizando a elementar da grave ameaça.

Precedentes.

[...]

7. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena imposta ao paciente, fixando-a em 4 anos e 9 meses de reclusão, mais o pagamento de 11 dias-multa, mantido o regime prisional inicialmente fechado para o desconto da reprimenda."

(STJ - HC 575.728/SP – **Rel. Min. Ribeiro Dantas** - Quinta Turma – j. em 23/6/2020 - DJe de 26/6/2020).

Presente a majorante do concurso de pessoas, porque o réu agiu em comparsaria com outro indivíduo ainda não identificado, como bem precisaram as vítimas dos crimes de roubo nas suas falas extrajudicial e judicial, nas quais individualizaram, perfeitamente, as condutas ativas de cada um dos assaltantes, todas, entretanto, voltadas para o mesmo fim comum, dada a prévia divisão de tarefas, roubadores que, em comparsaria, abordaram as vítimas e subtraíram a "res". Ademais, os policiais civis, testemunhas arroladas pela acusação, afirmaram, em Juízo, que as vítimas disseram que os dois criminosos estavam numa motocicleta e simularam o porte de arma de fogo. Elas afirmaram que o piloto era forte, alto e de cor branca enquanto o garupa era negro e magro. Os aparelhos celulares das vítimas foram

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

subtraídos pelos dois roubadores (fls. 295/296 e 348/349 – mídias audiovisuais). Nada obstante, cada um com a sua tarefa, mas voltadas todas para o mesmo fim criminoso, com prévio ajuste quanto ao ideal roubador.

Ainda, ao contrário do entendimento da Origem, não há falar-se em participação de menor importância, pois, a bem da verdade, o réu **Guilherme Dias**, mediante concurso de pessoas, laborou em verdadeira coautoria criminosa, com divisão de tarefas com o seu comparsa não identificado, todas, entretanto, voltadas para o mesmo fim comum, as vítimas, mesmo em Juízo, deixando bem evidenciado que os roubadores fracionaram as suas ações, entretanto concatenadas para a subtração da coisa alheia móvel. Contudo, entendeu a Magistrada que o réu fazia jus à aplicação da causa de diminuição prevista no art. 29, §1º, do Código Penal:

"Finalmente, do que já fundamentei, o réu faz jus à aplicação da diminuição prevista no §1º, do artigo 29 do Código Penal, uma vez que não há certeza de que estava presente no local do fato, do que sua atuação se pode considerar secundária na falta de elementos firmes que o revelem mentor intelectual ou eventual comandante dos demais, em total ou suficiente domínio do fato. Portanto, entendo que o caso é mesmo o da redução pela menor participação, mas e em patamar de apenas um sexto; sobre essa dosagem mínima entre as frações legais, houve não só contribuição material, mas outra que não se pode entender de pouco ou menor relevo: houve menções do próprio réu de que ele se prestou ao referido ajuste mais de uma vez e contava com a confiança dos demais, sobrando-lhe, pelo menos uma vez, a entrega de um dos bens roubados.". (fls. 359/368).

No duro, a sentença merece reforma no ponto em questão.

O réu possuía função definida no esquema criminoso, sendo ele o piloto da sua própria motocicleta para assegurar a fuga, o que configura a sua coautoria, afastando a tese de participação de menor importância. Para que se reconheça a participação de menor importância é necessária a demonstração de que a contribuição do partícipe, para a realização do fato típico, foi insignificante ou mínima, o que não se verifica no caso dos autos, em que a conduta do réu e a do seu comparsa possuem liame subjetivo e

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

representam uma verdadeira divisão de tarefas para o sucesso da empreitada criminosa. Verifica-se, no caso, que o réu praticou as elementares do tipo penal do roubo, qual seja, abordou as vítimas junto com o seu comparsa não identificado e também deu a fuga a ele, configurando, de fato, a autoria do delito. De mais a mais, evidente que o réu era o piloto da motocicleta utilizada nos crimes, a qual era de propriedade da sua genitora. Ele deu carona na garupa da sua motocicleta ao seu comparsa não identificado, com o qual, à saciedade, ele estava mancomunado. Tanto é verdade que ele parou a motocicleta que pilotava e nela ficou esperando o seu comparsa, que dela desceu e dando a entender estivesse armado, abordou as vítimas, das quais subtraiu os bens móveis, em cuja posse retornou para a motocicleta, quando então o réu, que a tudo assistiu, tratou de fugir, na companhia do outro criminoso, acelerando o veículo. O réu agiu como esculca, pois assistiu aos roubos dando a "cobertura" e fugiu com o seu comparsa na posse da "res", tudo como adrede combinado. As vítimas, mesmo em Juízo, evidenciaram que os roubadores fracionaram as suas ações, mas concatenadas para a subtração da coisa alheia móvel, para coisa nenhuma importando que o réu não tivesse simulado o porte de arma de fogo ou abordado diretamente as vítimas, pois, no duro, agiu como piloto da motocicleta para assegurar o êxito da ação criminosa. A sua conduta, tanto quanto a do seu comparsa, juntas e adrede combinadas, desde sempre voltaram-se para o fim roubador, uma sendo tão importante quanto a outra. De mais a mais, os policiais civis, em Juízo, confirmaram os dizeres das vítimas realizados em solo policial (fls. 295/296 e 348/349 – mídias audiovisuais). À evidência, não há falar-se em participação de menor importância, tendo ele agido verdadeiramente como coautor. Neste sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. ROUBO MAJORADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA RECEPÇÃO. REEXAME DE PROVAS. DOSIMETRIA. CUMULAÇÃO DE AUMENTOS. 68 DO CP. OFENSA NÃO CARATERIZADA. COAUTORIA. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA NÃO EVIDENCIADA. REVOLVIMENTO DO PROVAS. ÓBICE. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. AGRAVO DESPROVIDO.

I. Caso em exame. Agravo regimental interposto contra decisão que

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

não conheceu de habeas corpus, no qual se pleiteava a desclassificação do crime de roubo majorado para receptação, bem como a redução da pena e a alteração do regime prisional.

II. Questão em discussão. A questão em discussão consiste em saber se é possível a desclassificação do crime de roubo majorado para receptação, considerando a alegação de insuficiência probatória e a necessidade de reexame de provas.

3. Verificar se a aplicação cumulativa das causas de aumento na dosimetria da pena foi adequadamente fundamentada e se o regime prisional fixado é compatível com a pena aplicada.

III. Razões de decidir. A desclassificação para receptação não pode ser analisada em habeas corpus, pois requer reexame do acervo fático-probatório, o que é inviável nesta via.

5. A aplicação cumulativa das causas de aumento na dosimetria da pena foi devidamente fundamentada, considerando a gravidade da conduta e as circunstâncias do caso concreto.

6. Em atendimento à teoria monista ou unitária adotada pelo Código Penal, apesar de o réu não ter praticado a violência elementar do crime previsto no art. 157, §2º, do CP, havendo prévia convergência de vontades e cooperação para a prática de tal delito, a utilização de violência ou grave ameaça, necessárias à sua consumação, comunica-se ao coautor, mesmo não sendo ele o executor direto do gravame. Maiores incursões sobre o tema demandariam revolvimento de prova, o que não se coaduna com a via eleita.

7. O regime prisional fixado é compatível com a pena aplicada, não havendo elementos que justifiquem a alteração para regime menos severo.

IV. Dispositivo e tese. Agravo desprovido.

Tese de julgamento: "1. A desclassificação de roubo para receptação não é cabível em habeas corpus, pois requer reexame de provas. 2. A aplicação cumulativa das causas de aumento na dosimetria da pena é válida quando fundamentada nas circunstâncias concretas do caso. 3. O regime prisional deve ser compatível com a pena aplicada, respeitando o princípio da individualização das penas".

Dispositivos relevantes citados: CP, art. 29, §1º; CP, art. 68, parágrafo único; CP, art. 157, §2º. Jurisprudência relevante citada:

STJ, AgRg no HC 830.611/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 5/9/2023; STJ, HC 762.785/SP, Rel. Min. Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 5/11/2024; STJ, HC n. 762.785/SP, Rel. Min. Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 5/11/2024; STJ, AgRg no HC n. 913.978/SP, Rel. Min. Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do Tjsp), Sexta Turma, julgado em 2/9/2024."

(STJ - AgRg no HC 969.240/SP – Rel. Min. Ribeiro Dantas - Quinta Turma – j. em 26/2/2025 – Dje de 7/3/2025);

"DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus impetrado em favor de ADEMIR DOS SANTOS VIEIRA JÚNIOR, condenado a 5 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, pelo crime de roubo

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

circunstanciado (art.

157, §2º, II, c/c art. 29, §1º, ambos do Código Penal). Em apelação, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios afastou o reconhecimento da participação de menor importância, majorando a pena para 6 anos e 4 meses de reclusão e 16 dias-multa.

2. A defesa alega que a contribuição do paciente foi de pouco relevo para o crime, justificando a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 29, §1º, do Código Penal, conforme reconhecido na sentença de primeiro grau. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. A questão em discussão consiste em definir se é cabível o reconhecimento da participação de menor importância, nos termos do art. 29, §1º, do Código Penal, no caso em que o paciente concorreu ativamente para a prática do roubo, abordando a vítima e exigindo a entrega do aparelho celular. III. RAZÕES DE DECIDIR

4. A Terceira Seção do STJ adota entendimento consolidado no sentido de que o habeas corpus não substitui recurso próprio ou revisão criminal, salvo em casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem pode ser concedida de ofício.

5. O Tribunal de origem afastou a participação de menor importância com fundamento no envolvimento direto do paciente na execução do roubo, destacando que ele praticou as elementares do tipo penal, abordando a vítima e exigindo o aparelho celular, o que configura coautoria, e não participação secundária.

6. O reconhecimento da causa de diminuição exige prova de que a contribuição do agente foi mínima ou insignificante, o que não se verifica no caso, dada a atuação relevante do paciente na dinâmica criminosa.

7. Revisar a conclusão do Tribunal de origem quanto à ausência de participação de menor importância demandaria reexame aprofundado de provas, o que é inviável no âmbito restrito do habeas corpus, conforme jurisprudência do STJ.

IV. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO."

(STJ - HC 923.249/DF – **Rel. Min. Daniela Teixeira** - Quinta Turma – j. em 10/12/2024 – Dje de 16/12/2024);

"PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NA ORIGEM. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DE PARTE DO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO INTERNO. NÃO CONHECIMENTO DO APELO NOBRE QUANTO AO PONTO. ROUBO MAJORADO. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. INOCORRÊNCIA. PRÉVIO AJUSTAMENTO DE CONDUTAS ENTRE OS AGENTES. DOMÍNIO DO FATO. DIVISÃO DE TAREFAS. COAUTORIA CONFIGURADA. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. O Tribunal de origem manteve o reconhecimento da coautoria para a prática do delito de roubo majorado, afastando a tese defensiva da participação de menor importância, uma vez que restou suficientemente comprovado o prévio ajustamento de condutas, bem como o domínio do fato e do resultado por todos os envolvidos na prática delituosa. Ainda restou demonstrado, nos termos da confissão judicial do réu, que o agravante permaneceu no

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

veículo utilizado para a fuga, dando cobertura para que outros dois corréus subtraíssem os bens da vítima, que seria, posteriormente, dividido entre todos os coautores.

[...]

5. Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no AREsp 2.109.967/MG – **Rel. Min. Joel Ilan Paciornik** - Quinta Turma – j. em 7/3/2023 - DJe de 10/3/2023).

É de se ver que os crimes de roubo, para nada importando, para os presentes fins, se simples ou majorados, restaram consumados.

De fato, o roubo atinge o momento consumativo no exato momento em que, eficazmente exercida a grave ameaça ou a violência, em sentido amplo, o agente consegue retirar a coisa da esfera do controle imediato do sujeito passivo, é dizer, da vítima. Em outras palavras, o crime de roubo consuma-se no momento em que o agente criminoso, é dizer, o roubador, torna-se o possuidor da coisa subtraída, mediante violência ou grave ameaça, ainda que haja imediata perseguição e prisão, quer por parte da vítima, quer por parte dos agentes da Lei, sendo prescindível que a coisa subtraída, a "res", saia da esfera de vigilância da vítima.

É que, como de há muito já decidiu o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em Acórdão lapidar, que passou a ser seguido, desde então, pela jurisprudência da mencionada CORTE:

"[...] 3. Deixada de lado, por não dizer respeito à divergência de jurisprudência essa inacreditável assertiva, desprovida de qualquer demonstração, de que não há provas da subtração do relógio e do dinheiro, o certo é que, no caso, o roubo se consumou inequivocamente quando os assaltantes subtraíram, mediante violência, a chave do automóvel, ficando, *na sua posse mansa e pacífica*, todo o tempo que foi necessário para a busca do socorro policial, a vinda deste e a captura em outro local que não o do crime do ora recorrido.

Com relação a esse objeto, não há que se pretender sequer que não houve a consumação do roubo, em decorrência de imediata perseguição.

4. Mas, se se entender que, no caso, para o roubo se consumar mister seria a subtração do veículo, ainda assim o crime em causa estaria consumado.

Reza o Código Penal brasileiro, no *caput* do art. 157, que há roubo se

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

alguém:

'subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência à pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência'.

Portanto, a ação que caracteriza o roubo é a ação de subtrair.

O problema, pois, é saber quando se consuma tal ação.

Quatro são as principais teorias que procuram caracterizar o momento da consumação do furto (e, conseqüentemente, se aplicam, nesse particular, ao roubo):

- a) - a teoria da *contrectatio*, para a qual a consumação se dá pelo simples contacto entre o agente e a coisa alheia;
- b) - a teoria da *apprehensio* (para outros, *amotio*), segundo a qual se consuma esse crime quando a coisa passa para o poder do agente;
- c) - a teoria da *ablatio*, que tem a consumação ocorrida quando a coisa, além de apreendida, é transportada de um lugar para outro; e
- d) - a teoria da *illatio*, que exige, para ocorrer a consumação, que a coisa seja levada ao local desejado pelo ladrão para tê-la a salvo.

Nos países cujos Códigos Penais usam, para caracterizar o furto e o roubo, de expressões como 'subtrair' ou 'tomar' - assim, na Alemanha e na Espanha - predomina, na doutrina e na jurisprudência, a utilização da teoria da *apprehensio* (ou *amotio*), em que é necessário apenas que a coisa passe, por algum espaço de tempo, para o poder do ladrão, ainda que não seja transportada para outro lugar, nem usada por ele. Na Alemanha - em que a ação que caracteriza o furto é o roubo e a *Wegnahme* (subtração, tomada) - é francamente dominante a teoria da *apprehensio* (ou da *amotio*) sustentada, entre outros, por MEZGER (*Strafrecht, II - Besonderer Teil*, 6ª ed., §45, 2, p. 124, München und Berlin, 1958), WELZEL (*Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., §48, 2, 'b', p. 349, Berlin, 1969), SCHOENKE-SCHROEDER (*Strafgesetzbuch*, 11ª ed., §242, IV, pp. 975-977, München und Berlin, 1963), PETTERS-PREISENDANZ (*Strafgesetzbuch*, 27ª ed., §242. 4, pp. 427 e 428, Berlin, 1971). Todos eles salientam que, para consumir-se o furto (e também o roubo) basta que o agente faça cessar o poder de fato da vítima sobre a coisa, passando a tê-la ('Vollendet ist der Diebstahl, wenn es dem Täter gelugen ist, fremden Gewahrsam zu brechen und neuen Gewahrsam zu begründen', acentuam PETTERS-PREISENDANZ, ob. cit., §242, 4, p. 427). E se o ladrão já se encontra em fuga, ainda que perseguido logo após o roubo, ele obviamente já consumou o crime, pois é indiscutível que fez cessar o poder de fato da vítima sobre a coisa (que, por isso mesmo, tenta, por si ou por terceiro, retomá-lo), tendo-o para si.

Na Espanha - em que a ação é caracterizada pelo verbo tomar - também é seguida, inclusive por sua Corte Suprema, a mesma teoria. A propósito, assinala CUELLO CALÓN (*Derecho Penal*, t. 11. v. 2º./839 e ss., 14ª ed., Barcelona, s/data) que 'tomar'

'... en el texto legal significa apropiarse, traer a nuestro poder una cosa ajena. Así, pues, el hecho material del hurto no está constituido solamente por la mera aprehensión de la cosa, es menester que el agente la sustraiga efectivamente de la custodia ajena y la traiga a su poder por un tiempo más o menos duradero. No es menester que la cosa sea trasladada a otro lugar, ni que llegue a ser utilizada por el culpable'.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Em nota (nota 1, na mesma página), acrescenta:

'Esta significación de la palabra *tomar* concorda por completo con la jurisprudencia del T.S. relativa al momento de consumación de hurto, que expondremos más adelante'.

'El mismo sentido dan los penalistas alemanes a la expresión *wegnehmen* (llevar, tomar). En su opinión esta acción implica que el culpable quebrante la custodia ajena y que sea sustituida por la propia o por otra posesión'.

E, mais adiante, ao tratar da consumação do furto (e, em consequência, do roubo, pois, neste, a expressão 'apoderarse' tem o mesmo sentido que 'tomar'), acentua CALÓN (p. 850 e ss.) que 'la doctrina hoy generalmente sustentada considera que el hurto se consuma cuando la cosa queda de hecho a la disposición del agente, e, após salientar que 'con este criterio coincide la doctrina sentada últimamente por la jurisprudencia española que generalmente considera consumado el hurto cuando el culpable coge o aprehende la cosa y ésta quede por tiempo más o menos duradero bajo su poder', dá como exemplos jurisprudenciais de consumação os em que ao furto se segue a perseguição:

'En el momento en que el culpable toma la cosa ajena aunque la abandone al verse perseguido, 29 feb. 1944, desde que el culpable dispone de ella aunque sea momentáneamente, 22 nov. de 1952; análogos 27 sept. 1954, 10 mar. 1955; aunque no lleve a aprovecharse de la misma'.

Já na Itália - em que a ação de furtar ou de roubar implica o apossamento por meio de subtração - os trabalhos preparatórios do Código Penal vigente advertiam:

'Si mantiene il requisito dell'impossessamento come elemento essenziale del reato, ma si innova profondamente al Codice del 1889 nel determinare il momento nel quale l'impossessamento deve ritenersi verificato, facendo dell'impossessamento un termine correlativo dello spossessamento: chiunque si impossessa della cosa mobile altrui sottraendola a colui che la detiene'.

'Deve, insomma, ritenersi verificato l'impossessamento, quando le circostanze di fatto rivelino che il detentore della cosa abbia perduto il potere di custodia e la disposizione física della cosa' ('mantém-se o requisito do apossamento como elemento essencial do crime, mas se inova profundamente em face do Código de 1889 ao determinar-se o momento no qual o apossamento se deve ter como verificado, fazendo do apossamento um termo correlato do desapossamento: 'quem quer que se aposse da *coisa* móvel alheia subtraindo-a do que a detém'. Deve, em suma, ter-se como verificado o apossamento quando as circunstâncias de fato revelem que o detentor da coisa perdeu o poder de custódia e a disposição física da coisa') (R. MANGINI, F. P. GABRIELI e U. CONSENTINO, *Codice Penale Illustrato con i Lavori Preparatori*, p. 503, Roma, 1930).

Daí a doutrina e a jurisprudência italianas predominantes sustentarem posição que MANZINI (*Trattato di Diritto Penale Italiano*, IX, nova edição n. 3.239, p. 167, Turim, 1952) assim resume:

'Il delitto (o furto) si consuma con l'impossessamento da parte del ladro e col conseguente spossessamento del derubato, fatto che si verifica nel momento e nel luogo in cui il colpevole, sottratta la cosa al detentore, l'ha a fatta passare nella propria

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

detenzione, fuori o entro la sfera di possesso del derubato, definitivamente o per un tempo qualsiasi giuridicamente considerabile' ('o delito se consuma com o apossamento por parte do ladrão e com o conseqüente desapossamento da vítima, fato que se verifica no momento e no lugar em que o culpado, subtraída a coisa do detentor, a fez passar para sua própria detenção, fora da esfera da posse da vítima ou dentro dela, definitivamente ou por qualquer tempo juridicamente digno de consideração').

Por isso mesmo, e MANZINI (ob. cit., n. 3.237, pp. 153 e 154) o ilustra com inúmeras decisões judiciais, há esse apossamento, com o conseqüente desapossamento da vítima, não só quando o ladrão a conduz a lugar sujeito ao seu poder de custódia, mas também quando a põe em outra custódia idônea à sua disposição (em razão do que a Cassação, em 16.3.50, decidia: 'O furto é consumado ainda que o ladrão, depois de haver subtraído a coisa da disponibilidade do proprietário, tenha sido surpreendido quando ainda se achava na esfera jurídica da vítima'), ou a coloca num esconderijo, ainda que no seu próprio corpo (já em 1936, a Corte de Cassação considerava consumado o furto quando subtraído um objeto de um cômodo de um apartamento e escondido no próprio ladrão, não o conseguia levá-lo para fora, por haver sido surpreendido).

No mesmo sentido, acentua MAGGIORE (Diritto Penale, v. II, t. 1.º/919, 3ª ed., Bolonha, 1948):

'Basta quindi il togliere la cosa alla disponibilità del possessore - anche mediante semplice occultamento - perchè il furto sia consumato. E consumato é il furto commesso in una abitazione, appena il ladro abbia rimpiazzata la cosa in tasca o altrove, sia a non sia uscito dalla casa. Nella teoria del codice, apossamento equivale a impossessamento, anche se la cosa non sia materialmente nel dominio del colpevole' ('basta, na verdade, o tirar a coisa da disponibilidade do possuidor - ainda mediante simples ocultação - para que o furto seja consumado. E consumado é o furto cometido em uma habitação, apenas o ladrão haja escondido a coisa no bolso ou em outro lugar, tenha, ou não, saído da casa. Na teoria do Código, o desapossamento equivale ao apossamento, mesmo se a coisa não esteja materialmente no domínio do culpado').

As opiniões em contrário - que são minoritárias - se rebelam, em face dos termos do Código Penal italiano, que alude a subtração e a apossamento, contra o entendimento majoritário de que subtração e apossamento são aspectos opostos do mesmo fenômeno, conforme seja este considerado pelo lado da vítima ou pelo lado do ladrão, e sustentam que, além da subtração, é necessário o apossamento, de modo que ao antigo possuidor (a vítima) se substitua o novo possuidor (o ladrão), o que só ocorre quando este - o ladrão - tem disponibilidade sobre a coisa de modo autônomo, e, portanto, fora do círculo de vigilância da vítima. Os que assim entendem consideram que o elemento material do furto, em última análise, é a substituição da posse da vítima pela posse do ladrão, posse esta que só ocorre quando este tem disponibilidade autônoma sobre a coisa. Por isso, ANTOLISEI (*Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale*, I, 3ª ed., pp. 211-213, Milão, 1957) e FOSCHINI (*Il Momento Consumativo del Furto, in Reati e Pene, Studi*, pp. 13 e ss., Milão, 1960), por entenderem que não há ainda apossamento nos casos em que alguém se apodera de coisa da vítima na casa desta - ou a oculta ali

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

para posterior retirada - e é preso antes de sair dela, se manifestam contra a opinião dominante que sustenta a consumação do furto mesmo nessas hipóteses. Mas, em geral, não sustentam esses autores que só há consumação do furto (e, portanto, igualmente do roubo) se o ladrão tiver posse tranquila da coisa furtada, pela impossibilidade de reação da vítima para reaver a coisa que lhe foi subtraída. FOSCHINI (ob. cit., pp. 30 e 31), ao figurar a hipótese em que a vítima e o ladrão entram em luta pela coisa (aquela para manter sua posse e este para apossar-se da coisa), admite que ambos têm composse enquanto estão agarrados à coisa, mas, no momento em que o ladrão consegue tirá-la da vítima, o furto se consuma (se il ladro riesce a togliere il bastone dalle mani del soggetto passivo del reato, egli ha compiuto la sottrazione ed il furto risulta consumato), consumação que, por ser instantânea, não deixa de existir pelo fato de a vítima vir a perseguir o ladrão e, afinal, subjugar-lo.

Como se vê, também na Itália a teoria seguida é a da *apprehensio*. A divergência se situa, apenas, na caracterização do que vem a ser apreensão. Enquanto a doutrina dominante, e o mesmo sucede com a jurisprudência - entende que a subtração e o apossamento (que é, no caso, a apreensão) são correlatos sendo que a apreensão se verifica no momento em que a coisa é retirada do poder da vítima ainda que não fique no poder do ladrão (como sucede com o punquista que ao puxar a carteira do bolso da vítima a deixa cair ao chão), as opiniões dissidentes, por via de regra, admitem que haja subtração sem o consequente apossamento (apreensão), e só consideram consumado o furto quando se dá o apossamento por parte do ladrão, e, para caracterizá-lo, têm de conceituar o que é a apreensão como meio de aquisição da posse.

Essa segunda colocação - que, em última análise, só tem como consumada a subtração quando, além de ser a coisa retirada do poder da vítima, o ladrão passa a tê-la em seu poder (em outras palavras: é preciso que à posse da vítima se substitua a posse do ladrão) - se situa também no âmbito da teoria da *apprehensio*, e é a que se me afigura correta ainda nos países em que o Código Penal não alude a apossamento por subtração, mas se adstringe a referir-se a esta, como sucede na Alemanha, na Espanha e no Brasil. Welzel (ob. cit., §48, 'b', p. 349) observa que a subtração só se consuma quando em lugar do antigo titular do poder de fato sobre a coisa (a vítima) surge um novo (o ladrão) ('Die Wegnahme ist vollendet, wenn an die Stelle des alten Gewahrsamsinhabers der neue getreten ist - 'Apprehensionstheorie').

O problema, portanto, é saber quando é que ocorre o início da posse do ladrão pela apreensão, e, conseqüentemente, a extinção da posse da vítima.

Alguns autores - como ANTOLISEI (ob. cit., p. 211) - sustentam que a posse tem, no Direito Penal, conceito diverso da posse no Direito Civil. E, com base nisso, caracterizam a apreensão (ou seja, o apossamento pelo ladrão) como entendem que deveria ser ela caracterizada. Por isso, ora aludem a que o apossamento só se verifica quando há disponibilidade autônoma da coisa pelo ladrão, ora se referem à necessidade, para ocorrer o apossamento, de que a coisa tenha saído da esfera de vigilância da vítima.

A essa posição - a de que o conceito de posse no Direito Penal é diverso do conceito de posse no Direito Civil - há uma objeção que se me afigura irrespondível, e que assim é sintetizada por FOSCHINI

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

(ob. cit., p. 25), com apoio nos trabalhos específicos de PANAIN e de VERNA:

'Che la dizione 'possesso' debba intendersi nel significato che le dà il diritto civile, è dimostrato principalmente dalle inani di ogni sforzo diretto a precisare validamente e scientificamente un diverso concetto di possesso da valere nei limiti del diritto penale, poichè questo non indica nessun criterio obiettivo sicuro che possa servire di base per una nozione diversa da quella civilistica' ('que a expressão 'posse' deva entender-se no sentido que lhe dá o Direito Civil é demonstrado principalmente pela inutilidade de todo esforço dirigido a precisar válida e cientificamente um diverso conceito de posse para valer nos limites do Direito Penal, pois este não indica nenhum critério objetivo seguro que possa servir de base para uma noção diversa da civilística').

Com efeito, se a lei penal não tem elementos de que se possa extrair, indubitavelmente, um conceito penalístico de posse diverso do que lhe dá o Direito Civil - e essa ausência de elementos ocorre, indiscutivelmente, no furto e no roubo - não tem sentido que, em se tratando de Direito Penal cuja segurança dos conceitos é garantia indispensável à liberdade, se deixe ao critério subjetivo da doutrina ou dos juízes a fixação do que vem a ser posse para o Direito Penal, ao invés de se observar a sua disciplina legal no campo do Direito - que é o Civil - onde se elaborou esse conceito. Plenas de verdade são estas palavras de PANAIN (*apud* DE MARSICO, *Nuovi Studi di Diritto Penale*, p. 246, Nápoles, 1951):

'Il principio è questo: quando si tratta di un termine adoperato per designare un istituto, che ha in altro ramo del diritto una sua propria configurazione tecnica, la presunzione è che anche il diritto penale lo assume con lo stesso significato, giacchè il diritto è unico e la concezione degli istituti, come l'uso del termine, devono essere quanto più possibile unitari e propri' ('o princípio é este: quando se trata de um termo adotado para designar um instituto, que tem em outro ramo do Direito sua própria configuração técnica, a presunção é que o Direito Penal o assume com o mesmo significado, pois o Direito é único e a concepção dos institutos, como o uso dos termos, devem ser o mais possível unitários e próprios').

No Brasil, HELENO CLAUDIO FRAGOSO (*Lições de Direito Penal, Parte Especial*, arts. 121-212, n. 279, p. 264, Rio de Janeiro, 1983), ao tratar do objeto da tutela jurídica em se tratando de furto, e depois de salientar que a propriedade é atingida pela subtração e a posse pela apropriação, reconhece que:

'Para o conceito de propriedade e de posse, deve buscar-se a noção de Direito Civil. Não existem conceitos de posse e propriedade peculiares ao Direito Penal'.

Ora, em Direito Civil brasileiro, há posse da coisa quando ocorre, de fato, o exercício dos poderes inerentes à propriedade (art. 485 do CC); ela se adquire inclusive por apreensão (art. 493, I) e se perde, também, 'pela posse de outrem, ainda contra a vontade do possuidor, se este não foi mantido, ou reintegrado em tempo competente' (art. 520, IV), sendo certo ainda que não induzem posse os atos violentos ou clandestinos, senão depois de cessar a violência, ou a clandestinidade (art. 497), e que o possuidor esbulhado poderá restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo (art. 502). Por aí se vê, sem maior esforço, que, para haver a aquisição da

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

posse por apreensão e a consequente perda da posse contra a vontade do antigo possuidor, é preciso que se tenha poder de fato sobre a coisa, imediatamente depois de cessada a clandestinidade ou a violência, tanto assim que o possuidor esbulhado (e, portanto, o que perdeu a posse pela apreensão de outrem) poderá restituir-se (o que implica dizer: recuperar a posse) por sua própria força, se agir imediatamente, ou após breve intervalo de tempo. Por isso, diz CLÓVIS BEVILACQUA (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, v. 3/31 3ª ed., Rio de Janeiro, 1930) - para quem o logo só devia ser entendido como *in continenti*, não admitindo (ao contrário da doutrina dominante) também o breve intervalo - que:

'O desforço deve ser em ato contínuo, imediato. Se se trata de coisa móvel, o esbulhado pode perseguir o esbulhador, que procura fugir com o objeto, e retomar-lho'.

O esbulho se concretiza com a tomada violenta ou clandestina do objeto no instante em que cessou a violência ou a clandestinidade, e o ato de perseguição e de retomada já constituem etapas da reintegração na posse por desforço imediato. Para que o ladrão se torne possuidor, não é preciso, em nosso Direito, que ele saia da esfera de *vigilância* do antigo possuidor, mas, ao contrário, basta que cesse a clandestinidade ou a violência, para que o poder de fato sobre a coisa se transforme de detenção em posse, ainda que seja possível ao antigo possuidor retomá-la pela violência, por si ou por terceiro, em virtude de perseguição imediata. Aliás, a fuga com a coisa em seu poder traduz inequivocamente a existência da posse. E a perseguição - não fosse a legitimidade do desforço imediato - seria ato de turbacão (ameaça) à posse do ladrão.

Com base em que, senão no arbítrio, se poderá pretender, no Brasil, que alguém quando subtrai coisa alheia por ato violento ou clandestino, cessada a violência ou a clandestinidade, ainda não é possuidor, mas meramente detentor enquanto não sair da esfera de possibilidade de vir a ser seguido, de imediato, pela vítima? O Código Civil é categórico no sentido de que há, nesses casos, posse imediatamente após a cessação da violência ou da clandestinidade, tanto assim que o esbulhado pode recuperar a posse perdida se a retomar do esbulhador ainda que em virtude de perseguição imediata. E o Código Penal não caracteriza o furto como subtração de coisa alheia móvel com fuga feliz..., que a tanto vale dizer - sem apoio em qualquer lei penal, ou não - que não há subtração sem posse tranquila.

Se o ladrão em fuga, embora perseguido - e a perseguição pode prolongar-se por tempo dilatado - pode, inclusive, destruir a coisa em seu poder por ato seu de vontade, é possível pretender-se que ele não tenha disponibilidade autônoma dessa mesma coisa?

Para sustentar o contrário, NÉLSON HUNGRIA (*Comentários ao Código Penal*, v. VII/ 25-27, 4ª ed., n. 7, Forense, Rio de Janeiro, 1980), sem demonstrar que, em nosso, Direito, há um conceito especial de posse no Direito Penal (e não há), criou um sistema possessório próprio, totalmente contrário ao único existente na legislação do País que é o do Direito Civil, com a criação de conceitos novos - assim, o de 'posse exclusiva e sossegada do ladrão' como meio de 'perda da posse, em desfalque do domínio'; e - o que é pior - com incoerências sérias, como a afirmação de que 'enquanto dura a perseguição ..., não se pode dizer que o proprietário haja perdido a posse da coisa, isto é, que tenha cessado a sua posse para instaurar-se a do ladrão' e que é incompatível com a que se lhe

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

segue, segundo a qual'... não é *espoliado* patrimonialmente o *dominus* que, atacado na sua posse, a defende *in continenti* e a retoma', e isso porque só se *retoma* posse que se perdeu e o proprietário perseguidor não a teria perdido... O mais curioso, porém, é que depois de NÉLSON HUNGRIA dizer que para haver perda da posse pela vítima é preciso que o ladrão tenha a possibilidade de disposição livre e tranquila da coisa, considera, no entanto, consumado o furto 'da criada que sub-repticiamente empolga uma joia da patroa e a esconde no seio ou mesmo nalgum escaninho da casa, para, oportunamente, sem despertar suspeitas, transportá-la a lugar seguro', hipótese em que a criada não tem, obviamente, a possibilidade de disposição livre e tranquila, e hipótese em que, para o nosso sistema jurídico (a posse só surge quando cessa a clandestinidade), haveria, aí sim, mera detenção. E com o reconhecimento de consumação do furto nesses casos, acaba o requisito de que a coisa saia da esfera de vigilância da vítima, requisito esse que é o complemento indispensável da posse sossegada como meio de apreensão capaz de determinar a perda da posse do lesado. [...]"

(STF – RE 102.490/SP – Rel. Min. MOREIRA ALVES – Tribunal Pleno – j. em 17/09/1987 – DJ de 16/08/1987).

Registro que o Voto acima foi a base maior de todo o entendimento, acerca do tema a envolver o momento da consumação de um crime de roubo, que é crime contra o patrimônio, que desde então, de forma pacífica, passou a ter o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, a título de exemplo, a saber:

"[...]"

Assim, diante do conjunto probatório colhido, conclui-se que o delito de roubo se consumou, não havendo que se falar em tentativa, eis que comprovada a inversão da posse do bem, com sua retirada da esfera de vigilância das vítimas. (doc. eletrônico 2, pp. 19-21).

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, assim decidiu: "Relativamente ao tema da tentativa, contrariamente ao alegado, extrai-se, da fundamentação posta pelo Tribunal de origem, que o delito de roubo se consumou, pois reconheceu que houve a inversão da posse do bem que saiu da esfera de vigilância da vítima, afastando assim a tese de tentativa.

Para que se possa concluir de forma contrária, partindo-se da alegação de que a res furtiva não saiu da esfera de vigilância da vítima em nenhum momento, verifica-se ser necessária a incursão no conjunto de fatos e provas dos autos, providência inviável na via do writ. A respeito: [...]" (doc. eletrônico 3, pp. 9-10).

Entendo, portanto, que as decisões antecedentes estão em sintonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firme no sentido de que os delitos de furto ou de roubo consumam-se quando, cessada a clandestinidade ou a

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

violência, o agente tenha a posse do objeto do crime, ainda que retomado em seguida.

[...]

Com efeito, reconhecida a consumação do delito em questão, fica superada a tese de tentativa, subsidiariamente sustentada pela defesa na petição inicial.

Posto isso, conheço parcialmente do habeas corpus e, na parte conhecida, denogo a ordem (art. 192 do RISTF)."

(STF – HC 237.549/MG – Rel. Min. CRISTIANO ZANIN – j. em 02/02/2024 – DJe de 06/02/2024);

"HABEAS CORPUS. DECISÃO INDIVIDUAL DE MINISTRO DO STJ. SUBSTITUTIVO DE AGRAVO REGIMENTAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO. INVERSÃO DA POSSE. CONSUMAÇÃO. PRECEDENTES. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA **ROUBO** TENTADO: INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME FECHADO: ADEQUAÇÃO. ILEGALIDADE MANIFESTA: AUSÊNCIA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO.

[...]

9. Com efeito, verifica-se que assim também se posiciona a jurisprudência desta Suprema Corte, no sentido de que, nos delitos de furto ou de roubo, a consumação se dá no momento da inversão da posse, bastando, ainda que momentaneamente, ou mesmo ocorrendo a retomada logo em seguida, quer em decorrência de perseguição imediata, quer, ainda, em consequência da identificação posterior do autor da prática delituosa. Nesse sentido:

[...]

13. Ante o exposto, nego seguimento ao habeas corpus, com fundamento no art. 21, §1º, do RISTF, ficando prejudicado o pedido liminar."

(STF – HC 233.025/SP – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA – j. em 29/11/2023 – DJe de 30/11/2023);

"[...]

No que concerne às teses de tentativa e de crime impossível, o acórdão recorrido está em sintonia com a jurisprudência desta Suprema Corte, no sentido de que consuma-se o delito de furto ou de roubo quando, cessada a clandestinidade ou a violência, o agente tenha tido a posse do objeto do crime, ainda que retomado, em seguida, pela perseguição imediata, tal como ocorreu no caso.

Com essa compreensão, menciono os seguintes julgados de ambas as Turmas do STF proferidos em casos análogos:

'HABEAS CORPUS. FURTO CONSUMADO X FURTO TENTADO. ALTERAÇÃO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que, para a consumação do crime de furto, basta a verificação de que,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

cessada a clandestinidade ou a violência, o agente tenha tido a posse do objeto do delito, ainda que retomado, em seguida, pela perseguição imediata. 2. A alteração do enquadramento jurídico dos fatos pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento de recurso especial não constitui ilegalidade a ensejar a concessão da ordem de ofício. 3. Habeas corpus denegado.' (HC 92.922/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão a Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma).

'I. Roubo: consumação. A jurisprudência do STF, desde o RE 102.490, 17.9.87, Moreira Alves, dispensa, para a consumação do furto ou do roubo, o critério da saída da coisa da chamada 'esfera de vigilância da vítima' e se contenta com a verificação de que, cessada a clandestinidade ou a violência, o agente tenha tido a posse da 'res furtiva', ainda que retomada, em seguida, pela perseguição imediata; [...]' (HC 69.753/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma).

'HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ROUBO CONSUMADO. RECONHECIMENTO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. SÚMULA 07/STJ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA. ORDEM DENEGADA. [...] 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que, para a consumação do crime de furto ou de roubo, não se faz necessário que o agente logre a posse mansa e pacífica do objeto do crime, bastando a saída, ainda que breve, do bem da chamada esfera de vigilância da vítima (v.g.: HC nº 89.958/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, un., j. 03.4.2007, DJ 27.4.2007). 3. Habeas corpus denegado.' (HC 113.563/SP, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma).

'DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO. MOMENTO DA CONSUMAÇÃO. PERSEGUIÇÃO POLICIAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. HABEAS CORPUS. [...] 4. A polêmica diz respeito à consumação (ou não) do furto, porquanto questiona-se se houve a efetiva subtração. A conduta da subtração de coisa alheia se aperfeiçoa no momento em que o sujeito ativo passa a ter a posse da res fora da esfera da vigilância da vítima. 5. A circunstância de ter havido perseguição policial após a subtração, com subsequente prisão do agente do crime, não permite a configuração de eventual tentativa do crime contra o patrimônio, cuidando-se de crime consumado. 6. Ordem denegada.' (HC 89.389/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma).

'HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO CONSUMADO OU TENTADO. CONTROVÉRSIA. ART. 155, §4º, III, DO CP. INICIDÊNCIA. ART. 157, §2º, DO CP. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CHAVE FALSA. CONCEITO. 1. O crime de roubo consuma-se com a verificação de que, cessada a clandestinidade ou a violência, o agente tenha obtido a posse da coisa subtraída, ainda que esta tenha sido retomada logo em seguida, em decorrência de perseguição imediata. [...]. Ordem indeferida.' (HC 95.014/RS, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma).

Com efeito, reconhecida a consumação do delito em questão, fica superada a tese de tentativa, subsidiariamente sustentada pela defesa na petição inicial.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

[...]

Isso posto, dou parcial provimento a este recurso ordinário em habeas corpus (art. 312, combinado com o art. 192, do RISTF), tão somente para determinar que a pena de reclusão do recorrente seja cumprida em regime aberto."

(STF – RHC 222.309/SP – **Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI** – j. em 16/11/2022 – DJe de 18/11/2022);

"[...]

As razões não comportam acolhimento.

Isso porque tanto o Tribunal de origem quanto o STJ decidiram em conformidade com a jurisprudência desta Corte no sentido de que 'à consumação do crime de roubo é suficiente a verificação de que, cessada a clandestinidade ou a violência, tenha o agente tido a posse da coisa subtraída, ainda que retomada logo em seguida' (HC nº 94.243/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 14/8/09).

Cito, a propósito, os seguintes precedentes:

'PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO PRÓPRIO. CONCURSO DE PESSOAS. (CP, ART. 157, §2º, II). MOMENTO CONSUMATIVO. POSSE MANSA E PACÍFICA. PRESCINDIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO STF. CASO CONCRETO. INAPLICABILIDADE. PECULIARIDADE. MONITORAMENTO PELA POLÍCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CRIME TENTADO (CP, ART. 14, II). ORDEM CONCEDIDA. 1. **A consumação do crime de roubo, em regra, independe da posse mansa da coisa, bastando que, cessada a violência ou grave ameaça, ocorra a inversão da posse; tese inaplicável nas hipóteses em que a ação é monitorada pela Polícia que, obstando a possibilidade de fuga dos imputados, frustra a consumação por circunstâncias alheias à vontade dos agentes, nos termos do art. 14 do Código Penal.** 2. É cediço na jurisprudência da Corte et pour cause reclama o uso da analogia com o fato punível julgado pela Segunda Turma no HC 88.259/SP, no qual a ordem foi concedida em acórdão assim ementado: 'HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO TENTADO OU CONSUMADO. CONTROVÉRSIA. Ainda que o agente tenha se apossado da res, subtraída sob a ameaça de arma de brinquedo, é de se reconhecer o crime tentado, e não o consumado, considerada a particularidade de ter sido ele a todo tempo monitorado por policiais que se encontravam no cenário do crime. Hipótese em que o paciente subtraiu um passe de ônibus, o qual, com a ação dos policiais, foi restituído imediatamente à vítima. Ordem concedida.' (HC 88.259/SP, Relator Min. Eros Grau, Segunda Turma, Julgamento em 2/5/2006, DJ 26/5/2006). 3. In casu, os pacientes, em união de desígnios e mediante violência física, subtraíram da vítima a quantia de R\$ 20,00 (vinte reais), sendo imediatamente perseguidos e presos em flagrante pela Polícia Militar, que passava pelo local durante o ato delituoso. 4. Ordem concedida, para desclassificar o delito para roubo tentado, remetendo-se ao juízo de primeira instância a alteração na dosimetria da pena'. (HC 104.593, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 5.12.2011) (grifei)

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

'*Habeas corpus*. Roubo consumado. Inversão da posse da res subtraída. Precedentes. Ordem denegada. 1. É firme a jurisprudência da Corte no sentido de que 'à consumação do crime de roubo é suficiente a verificação de que, cessada a clandestinidade ou a violência, tenha o agente tido a posse da coisa subtraída, ainda que retomada logo em seguida' (HC nº 94.243/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 14/8/09). 2. Ordem denegada'. (HC 114.328, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 7.6.2013)

Ante o exposto, com fundamento no artigo 192, caput, do RISTF, nego provimento ao recurso."

(STF – RHC 198.256/SP – **Rel. Min. GILMAR MENDES** – j. em 16/03/2021 – DJe de 18/03/2021);

"[...]

É que, ao apreciar a pretensão deduzida, verifico que o pedido em questão não tem o beneplácito do magistério jurisprudencial desta Suprema Corte, que tem entendido, na matéria, que os delitos de furto ou de roubo consumam-se independentemente da observância da teoria da 'ilatio', bastando, para tanto, que o agente tenha tido, embora momentaneamente, a posse da 'res' objeto da subtração patrimonial, não obstante retomada, logo em seguida, por agentes do Estado ou recuperada pela própria vítima, quer em decorrência de perseguição imediata, quer, ainda, em consequência da identificação posterior do autor da prática delituosa (HC 74.376/RJ, Rel. Min. MOREIRA ALVES – HC 93.384/SP, Rel. Min. AYRES BRITTO – HC 94.406/SP, Rel. Min. MENEZES DIREITO – HC 95.360/RS, Rel. Min. EROS GRAU – HC 95.794/ES, Rel. Min. GILMAR MENDES – HC 96.696/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – HC 100.189/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE – HC 114.329/RS, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – RHC 119.611/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, v.g.):

'III. Roubo: consumação. A jurisprudência do STF (...) dispensa, para a consumação do furto ou do roubo, o critério da saída da coisa da chamada 'esfera de vigilância da vítima' e se contenta com a verificação de que, cessada a clandestinidade ou a violência, o agente tenha tido a posse da 'res furtiva', ainda que retomada, em seguida, pela perseguição imediata.' (HC 89.958/SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – grifei)

'(...) 1. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que, para a consumação do crime de furto, basta a verificação de que, cessada a clandestinidade ou a violência, o agente tenha tido a posse do objeto do delito, ainda que retomado, em seguida, pela perseguição imediata.' (HC 92.922/RS, Red. p/ o acórdão Min. CÂRMEN LÚCIA – grifei)

'(...) 2. A consumação do furto ocorre no momento em que o agente tem a posse da 'res furtiva', cessada a clandestinidade, independente da recuperação posterior do bem objeto do delito.' (HC 95.398/RS, Rel. Min. CÂRMEN LÚCIA – grifei)

Vale registrar, por necessário, que o entendimento ora exposto reflete-se, por igual, na jurisprudência firmada pelo E. Superior Tribunal de Justiça (HC 177.676/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

BELLIZZE – HC 197.068/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI – HC 231.277/RJ, Rel. Min. LAURITA VAZ – HC 247.007/SP, Rel. Min. MARILZA MAYNARD (Desembargadora Convocada do TJ/SE) – AREsp 325.156-AgRg/BA, Rel. Min. MOURA RIBEIRO – REsp 1.341.998-AgRg/SP, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR:

'(...) II. Ademais, o Superior Tribunal de Justiça adota a teoria da 'apprehensio rei' ou 'amotio', segundo a qual a consumação do crime de furto dá-se com a simples inversão do título da posse, não sendo, pois, necessário que a coisa saia da esfera de vigilância da vítima, ocorrendo a consumação do delito ainda que haja a retomada da 'res furtiva', logo em seguida, pela própria vítima ou por terceiro.' (AREsp 296.525-AgRg/DF, Rel. Min. ASSUETE MAGALHÃES – grifei)

[...]

A constatação da ocorrência, ou não, da posse tranquila do bem subtraído – qualquer que seja a teoria jurídica que se possa perfilar no tema (a da 'contrectatio', a da 'apprehensio', a da 'amotio', a da 'ilatio' ou a da 'ablatio') – encontra obstáculo insuperável no caráter sumaríssimo da ação penal de 'habeas corpus', consoante adverte a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (HC 65.887/SP, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI – HC 69.575/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

'Habeas corpus'. (...). No que toca à arguição de tentativa de furto e não de furto consumado, a matéria envolve aferição de prova, insuscetível de apreciação em 'habeas corpus'. Indeferimento do pedido.' (HC 66.381/SP, Rel. Min. DJACI FALCÃO – grifei)

[...]

Conclui-se, dessa maneira, que o E. Superior Tribunal de Justiça, ao dar provimento ao referido recurso especial – mantida a mesma moldura fática estabelecida ao longo do processo penal de conhecimento –, simplesmente afastou a errônea qualificação jurídica atribuída a esses mesmos fatos pela E. Corte local, que não reconheceu, na espécie dos autos, o cometimento, pelo ora paciente, da conduta descrita no art. 157, §2º, incisos I e II, do Código Penal, em sua forma consumada.

Em suma: tenho para mim que os fundamentos subjacentes à presente impetração divergem dos critérios que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consagrou nas matérias aqui examinadas. Sendo assim, em face das razões expostas, e acolhendo, ainda, os fundamentos do parecer da Procuradoria-Geral da República, indefiro o pedido de habeas corpus."

(STF – HC 179.443/BA – Rel. Min. CELSO DE MELLO – j. em 17/04/2020 – DJe de 23/04/2020).

Pode-se dizer, ainda, que atualmente, de acordo com a jurisprudência abaixo, é esse o entendimento prevalente no Superior Tribunal de Justiça, tanto assim que a mencionada Corte firmou tese sobre o momento da consumação do crime de roubo, por ocasião do julgamento de um Recurso Especial, representativo da tal controvérsia, sob o rito dos repetitivos,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

oportunidade em que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça assim se posicionou:

"RECURSO ESPECIAL N. 1.499.050 - RJ (2014/0319516-0)

RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RECORRIDO: CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA FERREIRA RAMOS

ADVOGADO: ROSIANE FERREIRA MOREIRA

INTERES.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - 'AMICUS CURIAE'

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO interpõe recurso especial, fundado no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal, contra acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**.

Consta dos autos que o recorrido, em primeiro grau de jurisdição, foi condenado pelo crime de roubo consumado (fls. 222-239).

Em apelação exclusiva da defesa, a Quinta Câmara Criminal do Tribunal *a quo* reconheceu a ocorrência de tentativa (fls. 311-322).

Nesta Corte, o Ministério Público alega que o acórdão estadual contrariou os arts. 14, I, e 157, ambos do Código Penal, pois o crime de roubo é consumado no momento em que o agente se torna possuidor da coisa alheia móvel, ainda que não obtenha a posse tranquila, sendo prescindível que o objeto saia da esfera de vigilância da vítima.

Requer o provimento do recurso, para que se reconheça a consumação do crime de roubo, 'restabelecendo-se a pena e o regime prisional fixados na sentença'.

Admitido o recurso na origem (fl. 378), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 391-392).

Por meio da decisão de fls. 395-396, determinei que este recurso fosse processado como representativo da controvérsia, nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução n. 8/2008 deste Superior Tribunal.

A Defensoria Pública da União – *amicus curiae* –, em petição de fls. 477-488, alegou, preliminarmente, cerceamento de defesa, visto que o recurso especial foi admitido sem contrarrazões, e, no mérito, a não consumação do crime, uma vez que "o crime será tido como consumado somente quando atingir o bem jurídico tutelado, na sua integralidade". O recorrido pediu para que seja intimado para constituir advogado de sua confiança e, no mérito, 'seja negado provimento ao presente Recurso Especial, mantendo-se a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na sua integralidade'.

Feitas as comunicações de praxe, o Ministério Público Federal ratificou o parecer de fls. 180-188, em que se manifestou pelo provimento do recurso (fls. 498-499), assinalando, quanto ao alegado cerceamento de defesa, que 'a Defensoria Pública da União incumbiu-se de [apresentar as contrarrazões], sanando tal vício no devido processo legal, [motivo pelo qual] não há razão para que o recorrido seja intimado a tanto, seja por defensor constituído, seja por

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

defensor público'.

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, na petição de fls. 501-512, juntou documento aos autos com o fito de comprovar a condição do recorrido de assistido da Defensoria Pública, a fim de ver concedida vista dos autos para apresentação das contrarrazões ao recurso especial.

No despacho de fl. 517, o feito foi convertido em diligência, para que o réu fosse intimado a nomear novo patrono, com o fim de apresentar contrarrazões ao recurso especial, sob pena de envio do feito à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, para a apresentação da aludida peça.

O mandado de intimação do recorrido não foi cumprido por falta de segurança do endereço descrito no instrumento (fl. 544), motivo pelo qual o recorrido foi intimado por edital conforme documentos de fls. 546-547.

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, em suas contrarrazões, sustenta que "o recurso especial interposto pelo Ministério Público, *data venia*, não é cabível, eis que afronta o disposto no verbete de n. 7, da Súmula de Jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que dispõe, *verbis*: 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial'". Aduz, ainda, 'ser absolutamente correto e não merecer qualquer reparo o v. *decisum* emanado da E. Quinta Câmara Criminal do C. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, pelo que requer a Defesa a não admissão do Recurso Especial ministerial, ou, caso *ab absurdo*, venha o mesmo a ser admitido/conhecido, seja desprovido no mérito por esse Egrégio Superior Tribunal de Justiça, como medida de lédima JUSTIÇA!' (fls. 554-562).

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro foi intimado da inclusão do feito na Pauta de Julgamentos do dia 14/10/2015, à fl. 566.

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ROUBO. MOMENTO CONSUMATIVO. POSSE MANSA E PACÍFICA DA RES FURTIVA. DESNECESSIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Recurso Especial processado sob o regime previsto no art. 543-C, §2º, do CPC, c/c o art. 3º do CPP, e na Resolução n. 8/2008 do STJ. **TESE: Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada.**

2. A jurisprudência pacífica desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal é de que o crime de roubo se consuma no momento em que o agente se torna possuidor da coisa subtraída, mediante violência ou grave ameaça, ainda que haja imediata perseguição e prisão, sendo prescindível que o objeto subtraído saia da esfera de vigilância da vítima. Jurisprudência do STF (evolução).

3. Recurso especial representativo de controvérsia provido para, reconhecendo que a consumação do crime de roubo independe da posse mansa e pacífica da *res furtiva*,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

restabelecer a pena e o regime prisional fixados na sentença.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Admissibilidade do recurso

Inicialmente, registro que o recurso especial é tempestivo e que o tema objeto da insurgência foi devidamente discutido e prequestionado na instância de origem, razão pela qual passo ao exame da *quaestio iuris*.

II. Contextualização

A acusação pretende o provimento do recurso especial para que se reconheça a consumação do crime de roubo, 'restabelecendo-se a pena e o regime prisional fixados na sentença'.

A fim de contextualizar a controvérsia, transcrevo o seguinte excerto da denúncia, que descreveu os fatos imputados ao recorrido nos seguintes termos:

No dia 23 de abril de 2013, por volta das 23h40min, na Rua Paraguaçu, próximo à Avenida Joaquim da Costa Lima, bairro São Bernardo, nesta comarca, o DENUNCIADO, consciente e voluntariamente, e em comunhão de ações e desígnios com o adolescente infrator Paulo Fernando Silva da Cruz, subtraiu, para si ou para outrem, mediante o emprego de grave ameaça, exercida com emprego de arma de fogo, um telefone celular da marca NOKIA e uma mochila pertencentes à vítima Anderson Portela de Souza, conforme auto de entrega de fl.14.

Na mesma data, por volta das 23h50min, na Avenida Joaquim da Costa Lima, próximo à Rua Paraguaçu, no bairro São Bernardo, nesta comarca, o DENUNCIADO, consciente e voluntariamente, e em comunhão de ações e desígnios com o adolescente infrator Paulo Fernando Silva da Cruz, conduziu, em proveito próprio ou alheio, a motocicleta marca HONDA CG 125, Fan, cor preta, sem placa, chassiss nº 89C2JC30707R161671, que sabia ser produto de crime.

Nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, o DENUNCIADO, de forma livre e consciente, corrompeu e facilitou a corrupção de pessoa menor de 18 (dezoito) anos, qual seja, Paulo Fernando Silva da Cruz, recrutando-o com o intuito de praticar os crimes de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e concurso de pessoas e receptação.

Segundo consta dos autos, a vítima Anderson Portela de Souza havia acabado de desembarcar do ônibus no local supracitado, quando foi abordada pelo DENUNCIADO e pelo adolescente infrator, os quais, armados, anunciaram o assalto, colocando a arma de fogo na barriga do lesado e proferindo as seguintes palavras de ordem "perdeu, passa a mochila", ocasião em que a vítima entregou aos mesmos sua mochila e telefone celular.

Logo após, Policiais Militares em patrulhamento pelo local, tiveram sua atenção voltada a dois indivíduos que conduziam uma motocicleta sem placa, portando uma mochila, ocasião em que, após breve perseguição foi realizada a abordagem, sendo certo que os policiais encontraram em poder do DENUNCIADO e do adolescente infrator Paulo Fernando os pertences da vítima Anderson, que logo chegou ao local e reconheceu os autores do fato.

Verificou-se, ademais, em pesquisa realizada em sede policial,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

que a motocicleta conduzida pelo DENUNCIADO era produto de furto, fato registrado na 54ª DP através do RO n. 2594/2013.

Assim agindo, encontra-se o DENUNCIADO incurso nas penas do art. 157, §2º, I e II e art. 180, *caput*, ambos do Código Penal c/c artigo 244-B da Lei n. 8.069/90, todos na forma do art 69 do Código Penal. [...] (fls. 2-3)

A sentença condenatória, quanto à consumação do delito, assim consignou, *in verbis*:

[...] Por oportuno, rechaçando tese defensiva, ressalto que a hipótese é de crime de roubo majorado consumado, na medida em que a vítima, embora tenha recuperado a res furtiva, perdeu inteiramente sua disponibilidade para os assaltantes, que saíram do local do assalto carregando consigo os bens roubados, não atenderam a ordem deparada feita por policiais que trafegavam nas proximidades do delito, empreenderam fuga e saíram completamente do campo de visão da vítima, sendo que durante a fuga os assaltantes passaram novamente pela vítima (por outra via), vindo a ser presos porque caíram da moto, quando possibilitaram que os policiais os alcançassem, chegando a vítima até eles logo após a queda. [...] (fl. 234)

O acórdão, por sua vez, afastou a consumação nos seguintes termos:

[...] Razão assiste à defesa ao pretender o reconhecimento da tentativa, tendo em vista que foi breve o intervalo de tempo entre a subtração e a prisão do réu.

Analisando as declarações das testemunhas, bem se compreende ter sido o apelante perseguido em seguida à prática delitiva, o que impediu a consumação delitiva, como se disse acima e se extrai do aresto de nosso Tribunal de Justiça:

(...) Teoria da insignificância, alegada, inadmissível na espécie, pois descabe no roubo, além do que o valor soma- do das coisas subtraídas foi elevado. Desclassificação também impossível para furto, diante da grave ameaça.

Verificação, no entanto, da tentativa, uma vez que o réu foi logo dominado, não tendo os donos dos bens sido privados do poder de vigilância. Não aceitação por esta Câmara da teoria da *amotio*, em que pesem posições favoráveis à mesma. (...)³ [3. BRASIL. TJRJ. APELACAO CRIMINAL. Processo 0063723-76.2010.8.19.0021. DES. LUIZ FELIPE HADDAD. QUINTA CÂMARA CRIMINAL. Julgamento: 28/11/2013]

Dá e reconhecida a modalidade tentada, deve ser observado o critério apontado pela doutrina para justificar o percentual de diminuição, qual seja, o iter criminis, tal como ensina o penalista Rogério Greco:

Assim, visando trazer critérios que possam ser aferidos no caso concreto, evitando decisões arbitrárias, entende a doutrina que quanto mais próximo o agente chegar à consumação da infração penal, menor será o percentual de redução; ao contrário, quanto mais distante o agente permanecer da consumação do crime, maior será a sua redução. 4 [4. GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

- Parte Geral, Vol. 1, 12ª Edição. Niterói: Impetus. 2010, p. 252]

No caso, e considerando que houve perseguição imediata, aplica-se o percentual de 1/3 adotado em observância ao Parágrafo Único do artigo 14, II, do Código Penal.

Ora, considerando que a pena-base foi fixada no mínimo legal, e, além disso, não há agravantes e nem atenuantes, diminuo a pena em 1/3, estabelecendo-a definitivamente em 03 anos, 06 meses e 20 dias de reclusão e 09 dias-multa. [...] (fls. 321-322)

Portanto, **a *quaestio iuris* cinge-se à verificação, ante os contornos fáticos incontroversos demarcados no acórdão ora objurgado, da realização, ou não, pelo recorrente, de todos os elementos essenciais à consumação do crime de roubo, previsto no art. 157 do Código Penal.**

III. Entendimento doutrinário

O problema da consumação do crime de roubo (e de furto) vem sendo debatido há muito e a raiz das dificuldades encontradas pela doutrina já foi exaustivamente mapeada.

Como se sabe, o delineamento desses crimes foi construído com base no Direito Romano, cuja noção de *furtum* – elaborada pelos operadores práticos do direito e pelos jurisconsultos –, mais ampla que a do furto do direito moderno, trazia a exigência da *contrectatio* (apreensão fraudulenta da coisa), visto que se exigia, **necessariamente, o apossamento da coisa, pois 'não se comete furto com o só ânimo'** (PAULO, Digesto 41, 2, 3, 18). Confira-se:

Furto é a tomada fraudulenta de uma coisa, da própria coisa ou também do uso ou posse dela, o que pela lei natural se admite seja proibido. (Institutas, Livro IV, Tit. 1, §19)

Não há furto sem apropriação. (Ulpiano, L. 52, §19, Digesto)

É ladrão mesmo quem depois restitui. (Gaio, L. 55, Digesto)

É de se notar que, a partir das interpretações discrepantes da palavra *contrectatio*, entendida diversamente no sentido de trazer, de mover de lugar, de tocar (materialmente) e pôr a mão, explica-se a profusão de teorias sobre a consumação do furto, conforme demonstrado por Sebastian Soler (*Derecho Penal Argentino*, T. IV, 1951, p. 184-185).

O desenvolvimento desses conceitos, no âmbito do direito romano, levou à distinção de quatro momentos da ação: (a) a ação de **tocar** o objeto (*contrectatio*); (b) a ação de **remover** a coisa (*amotio*); (c) a ação de **levar** a coisa, **tirando-a** da esfera patrimonial do proprietário (*ablatio*); (d) a ação de colocar a coisa em **lugar seguro** (*illatio*).

Soler conclui que todas essas diferenciações foram fruto direto de derivações da teoria da posse, segundo lição de Theodor Mommsen, no seu 'Direito Penal Romano'.

O porquê de tanto esforço intelectual pode ser encontrado no fato de **o direito romano não ter desenvolvido a ideia de 'tentativa', motivo pelo qual era necessária a antecipação da consumação**, considerando-se já consumado o furto com o simples toque da coisa, sem necessidade de levá-la.

Todavia, com o surgimento da noção de tentativa, ficou evidente que não se fazia necessária a antecipação da consumação (*attrectatio*). Decorre daí o abandono das teorias radicais (consumação pelo simples toque ou somente com a colocação da coisa em local seguro).

Nessa trilha, Soler – depois de observar que o debate acabou por se

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

limitar às doutrinas intermediárias – **concluiu pela impossibilidade de se antever, aprioristicamente, o momento da consumação.** Confira-se:

[...] Por consequência do acima exposto, **é claro que não poderia resolver materialmente e de forma genérica a questão relativa à consumação do furto. Isso depende de conceitos jurídicos prévios e da forma como o direito violado é exercido sobre a coisa.**

Essa forma de exercício do direito, às vezes, determinará a necessidade de que a coisa seja levada ou retirada de determinado lugar, não bastando a simples remoção, enquanto que, por outro lado, em outros momentos, tal exigência resultaria absurda.

A afirmação de que houve ou não o apoderamento da coisa depende, portanto, das diferentes formas em que pode realizar-se a exclusão do proprietário e a ocupação da coisa pelo ladrão. Nesse ponto deve atender-se não só ao ânimo de apoderar-se, mas ao fato de poder fazer atos dispositivos.

Até que isso aconteça, não parece que o furto esteja consumado.

[...] (op. cit., p. 196-197)

IV. Evolução da Jurisprudência

No Brasil, o histórico da jurisprudência do STF quanto ao tema nos remete a dois momentos distintos, separados pelo julgamento do RE 102.490-0/SP.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – pacífica até o final da década de 70 –, adotava o entendimento segundo o qual o roubo próprio se consuma com a subtração mediante violência ou grave ameaça, independentemente de ter tido o agente a posse pacífica, ainda que efêmera, da *res furtiva*. Confira-se: '[...] quando a violência precede ou é concomitante à posse da *res furtiva*, esse ato assinala o momento consumativo do roubo [...], se não ocorreu a posse, a violência ou a ameaça torna punível o fato apenas como tentativa de roubo' (HC n. 49.671/SP, Ministro Luiz Gallotti, 14/2/1972, RTJ 61/647-648).

O roubo, assim, se consumaria **apenas e tão somente** com a subtração da coisa mediante violência ou grave ameaça, sendo irrelevante o locupletamento do agente para a perfeição do crime. Nesse sentido o seguinte precedente:

PRECEDENTE 'A' - 'Roubo. Roubo consumado (caracterização). Proveito do agente. A jurisprudência do STF é no sentido de que o **momento da consumação do roubo é aquele em que se efetiva a subtração com emprego de violência ou grave ameaça**, sendo irrelevante a circunstância de o agente não se ter locupletado com a coisa roubada. Recurso Extraordinário conhecido e provido' (RE n. 93.133-3/SP, Rel. Min. Rafael Mayer, DJU 6/2/1981)

E mais: HC n. 53.495/SP; 2ª T., Rel. Min. Cordeiro Guerra, 5/8/1975, RTJ 75/427; HC n. 53.335/SP, 2ª T., Rel. Min. Cordeiro Guerra, 16/5/1975, RTJ, 74/650; RC n. 1.344, 2ª T., Rel. Min. Cordeiro Guerra, 19/9/1978, RTJ 88/391; RE n. 90.426/RJ, 2ª T., Rel. Min. Cordeiro Guerra, 30/11/1979, RTJ, 93/413; RE n. 95.040-1/SP, 2ª T., Rel. Min. Firmino Paz, DJU de 18/12/1981.

Em 15/9/1981, o STF entendeu em **outro** sentido:

PRECEDENTE 'B' - 'No acórdão recorrido, a conclusão

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

no sentido da **tentativa** resultou da consideração de **não haver chegado o réu a ter**, diante das circunstâncias do caso, **disponibilidade da coisa subtraída**, eis que, sucedendo o evento, na rua, foi o ladrão, imediatamente perseguido e preso, sendo o objeto recuperado, inocorrendo qualquer prejuízo patrimonial à vítima. [...]

Não classifica a nossa lei penal o crime de roubo como delito contra a pessoa, por considerar a objetividade jurídica final, ou seja, a lesão-fim. A violência à pessoa é apenas o meio de que se vale o agente para conseguir a subtração da coisa alheia móvel. Sendo esse o objetivo perseguido pelo agente, a consumação do crime verifica-se pela efetiva subtração da coisa, para si ou outrem, sempre mediante violência, grave ameaça ou emprego de outro meio que possa viciar a vontade da vítima, eliminando-lhe a capacidade de resistência. **Caracteriza-se a tentativa, quando, após usar de qualquer dos meios acima referidos, o agente por circunstâncias estranhas à sua vontade, não consegue subtrair a coisa da esfera de definitiva vigilância de seu proprietário ou possuidor'** (RE n. 93.099-9/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, DJU 18/12/1981)

No RE n. 93.133-3/SP (PRECEDENTE A), a Primeira Turma do STF definiu como momento consumativo do roubo aquele em que 'se efetiva a subtração com emprego de violência ou grave ameaça', não se cogitando da retirada da coisa da esfera de vigilância de seu proprietário. Vale esclarecer que, nesse caso, as circunstâncias do crime revelam que 'não houvera perseguição imediata aos agentes: uma das vítimas solicitara o concurso da polícia, que promoveu diligências logrando localizar e prender os assaltantes, recuperando-se o produto da subtração'.

No julgamento do RE n. 93.099-9/SP (PRECEDENTE B), entretanto, entendeu-se que, havendo imediata perseguição, não saiu a coisa da esfera de vigilância da vítima, não se podendo falar, em tal hipótese, em roubo consumado.

A partir de 1982, encontramos os dois entendimentos em julgados do STF, desde os que exigem a 'retirada da esfera de vigilância da vítima' (RE n. 96.383-9/SP, 1ª T., Rel. Ministro Néri da Silveira, DJ 18/3/1983, p. 2.978), considerando como consumado o delito '**desde que o agente, embora por pequeno lapso de tempo, tenha posse pacífica da coisa**' (RE n. 97.500-4/SP, 2ª T., Rel. Ministro Décio Miranda, DJ 24/8/1982, e, no mesmo sentido, RE n. 97.677-9/SP, 2ª T., Rel. Ministro Décio Miranda, DJ 15/10/1982), **como também** os que afirmam que 'consumada a subtração de coisa móvel mediante violência ou grave ameaça, a prisão em flagrante não desclassifica o fato típico para tentativa' (RE n. 99.036-4/SP, 2ª T., Rel. Ministro Cordeiro Guerra, DJ 11/3/1983, p. 2.478).

Observava-se, à época, acerca da consumação do crime de roubo próprio, a existência de duas correntes na jurisprudência do STF:

a) **a orientação tradicional**, que considera consumada a infração com a subtração da coisa, mediante violência ou grave ameaça, sem cogitar outros requisitos, explicitando ser desnecessário o locupletamento do agente (RE n. 102.389-9/SP, 2ª T., Rel. Ministro Moreira Alves, DJ 17/8/1984);

b) **a orientação segundo a qual se exige, para a consumação, tenha a coisa subtraída saído da esfera de vigilância da vítima**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

ou tenha tido o agente a posse pacífica da res, ainda que por curto lapso. Para essa corrente, havendo perseguição imediata ao agente e sua prisão logo em seguida, com o produto do roubo, não há que se falar em roubo consumado.

Confirmam-se as seguintes ementas:

Há tentativa e não crime de roubo, se a vítima não deixou o bem sair da esfera de sua vigilância, perseguindo o delinquente. (RE n. 98.724-0/SP, 1ª T., maioria de votos, Rel. Ministro Alfredo Buzaid, DJ 1º/7/1983)

Se o agente foi de imediato perseguido e preso em flagrante, retomado o bem, não se efetivou a subtração da coisa à esfera de vigilância do dono, tratando-se, pois, de crime tentado. (RE n. 100.771-1/SP, 1ª T., Rel. Ministro Rafael Mayer, DJ 3/2/1984)

Não se consuma o crime de roubo se o agente é perseguido e preso em flagrante logo após o ato, sem ter a posse pacífica dos bens que foram apreendidos em seu poder. (RE n. 101.164-5/SP, 1ª T., maioria de votos, Rel. Ministro Rafael Mayer, DJ 5/10/1984)

Há tentativa e não crime de roubo, se a vítima não deixou o bem sair da esfera de vigilância, perseguindo o delinquente. (RE n. 101.566-7/SP, 1ª T., Rel. Ministro Alfredo Buzaid, DJ 10/8/1984)

Se não houve a posse tranquila da coisa, não subtraída portanto à esfera de vigilância do dono, inclusive obstada pela prisão em flagrante, trata-se de crime tentado. (RE n. 102.744-4/SP, 1ª T., Rel. Ministro Rafael Mayer, DJ 23/11/1984)

A **estabilização** da jurisprudência do STF veio com o julgamento do RE 102.490-0/SP, em **17/9/1987**, cuja ementa transcrevo:

Roubo. Momento de sua consumação. O roubo se consuma no instante em que o ladrão se torna possuidor da coisa móvel alheia subtraída mediante grave ameaça ou violência. - **Para que o ladrão se torne possuidor, não é preciso, em nosso direito, que ele saia da esfera de vigilância do antigo possuidor, mas, ao contrário, basta que cesse a clandestinidade ou a violência, para que o poder de fato sobre a coisa se transforme de detenção em posse, ainda que seja possível ao antigo possuidor retomá-la pela violência, por si ou por terceiro, em virtude de perseguição imediata.** Aliás, a fuga com a coisa em seu poder traduz inequivocamente a existência de posse. E a perseguição - não fosse a legitimidade do desforço imediato - seria ato de turbção (ameaça) à posse do ladrão. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 102490, Rel. Ministro Moreira Alves, Pleno, DJ 16/8/1991)

O julgamento do RE 102.490-0/SP consolidou a premissa de que a **ação descrita no art. 157 do CPB** é a ação de **subtrair**. Portanto, o **problema enfrentado é saber quando se consuma tal ação**. O voto condutor iniciou a análise enumerando as quatro principais teorias que definem o momento da consumação do furto (e, conseqüentemente, se aplicam, nesse particular, ao roubo), as já citadas teorias da *contrectatio*, da *apprehensio* (ou *amotio*), da *ablatio* e da *illatio*.

O relator observou que, nos países cujos Códigos Penais utilizam

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

expressões como 'subtrair' ou 'tomar' para caracterizar o furto e o roubo (Alemanha e Espanha, por exemplo), predomina, na doutrina e na jurisprudência, a utilização da teoria da *apprehensio* (ou *amotio*). Elencou reconhecida doutrina alemã, entre eles Mezger, Welzel, Schenke-Schröder e Petters-Preisendanz, para demonstrar que, para consumir-se o furto (e também o roubo), **basta que o agente faça cessar o poder de fato da vítima sobre a coisa, passando a tê-lo**. Assim, **se o autor da subtração está em fuga, ainda que perseguido logo após o roubo, ele obviamente já consumou o crime**, pois é indiscutível que fez cessar o poder de fato da vítima sobre a coisa (que, por isso mesmo, tenta, por si ou por terceiro, retomá-lo), tendo-o para si.

Após citar Manzini, que resume a posição dominante da doutrina e da jurisprudência, igualando a subtração da coisa pelo agente com o desapossamento da vítima ('**o delito se consuma com o apossamento por parte do ladrão e com o consequente desapossamento da vítima**'), fato que se verifica no momento e no lugar em que o culpado, subtraída a coisa do detentor, a fez passar para sua própria detenção, fora da esfera da posse da vítima ou dentro dela, definitivamente ou por qualquer tempo juridicamente digno de consideração', MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Penale Italiano*, IX, p. 167, Torino, 1952), lembra que parte da doutrina – minoritária, é verdade! – defende a necessidade do apossamento, a fim de que o antigo possuidor seja substituído pelo novo possuidor, o que ocorre somente quando este tem disponibilidade sobre a coisa de modo autônomo, fora do âmbito de vigilância da vítima (ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale*, Parte Speciale, I, 3. ed., p. 211-213, Milano, 1957; FOSCHINI, Gaetano. Il momento consumativo del furto. In: *Reati e Pene*: Studi, p. 13 e segs., Milano, 1960.).

O relator conclui, lembrando que

[...] o Código Civil é categórico no sentido de que há [em tais casos] **posse imediatamente após a cessação da violência ou da clandestinidade**, tanto assim que o esbulhado pode recuperar a posse perdida se a retomar do esbulhador ainda que em virtude de perseguição imediata". Para, em seguida, ironizar: "o Código Penal não caracteriza o furto como subtração, de coisa alheia móvel com fuga feliz ..., que a tanto vale dizer – sem apoio em qualquer lei penal, ou não – que não há subtração sem posse tranquila. Se o ladrão em fuga, embora perseguido – e a perseguição pode prolongar-se por tempo dilatado –, pode, inclusive, destruir a coisa em seu poder por ato seu de vontade, é possível pretender-se que ele não tenha disponibilidade autônoma dessa mesma coisa?

Após esse julgado, o **Supremo Tribunal Federal**, no que tange ao momento consumativo do roubo, **unificou a jurisprudência**, para entender que **se consuma o crime de roubo no momento em que o agente obtém a posse do bem, mediante violência ou grave ameaça, ainda que não seja mansa e pacífica e/ou ou haja perseguição policial, sendo prescindível que o objeto subtraído saia da esfera de vigilância da vítima**.

V. O caso concreto

No caso ora em julgamento, o **acórdão consigna que o recorrido foi 'perseguido em seguida à prática delitiva, o que impediu a consumação delitiva', tendo sido 'breve o intervalo de tempo entre a subtração e a prisão do réu'**.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Assim, **por ter havido a inversão, ainda que breve, da posse do valor subtraído**, entendo que o delito de roubo ocorreu em sua forma **consumada**, e não tentada.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INEXISTÊNCIA. ROUBO. MOMENTO CONSUMATIVO. INVERSÃO DA POSSE DA *RES FURTIVA*. ORDEM DENEGADA.

1. O presente caso não exige o reexame de matéria fático-probatória. O que se discute, na hipótese, é tão-somente o enquadramento jurídico dos fatos.

2. Para a consumação do crime de roubo, basta a inversão da posse da coisa subtraída, sendo desnecessária que ela se dê de forma mansa e pacífica, como argumenta a impetrante. Precedentes.

3. Ordem denegada. (STF, **HC 100.189/SP**, Rel. Min. **Ellen Gracie**, 2ª T., DJe 16/4/2010)

HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO. SUBTRAÇÃO DE COISA ALHEIA MÓVEL. PERSEGUIÇÃO. INOCORRÊNCIA DE POSSE TRANQUILA. DESNECESSIDADE. ROUBO CONSUMADO. ORDEM DENEGADA.

É prescindível, para a consumação do roubo, que o agente consiga a posse tranquila da coisa subtraída, mesmo que perseguido e preso por policiais logo após o fato.

Não há como prosperar, pois, a alegação de que o roubo não saiu da esfera de tentativa.

Ordem denegada. (STF, **HC 91.154/SP**, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, 2ª T., DJe 19/12/2008)

Habeas corpus. Processual penal e Penal. Trânsito em julgado. Cabimento de habeas corpus. Crime de roubo. Consumação. Precedentes da Corte.

1. O trânsito em julgado da decisão do Superior Tribunal de Justiça, no presente caso, não impede o julgamento do habeas corpus.

2. Esta Corte tem entendimento firmado no sentido de que a prisão do agente, ocorrida logo após a subtração da coisa furtada, ainda sob a vigilância da vítima ou de terceira pessoa, não descaracteriza a consumação do crime de roubo.

3. Habeas corpus denegado. (STF, **HC 94.406/SP**, Rel. Min. **Menezes Direito**, 1ª T., DJe 5/9/2008)

Essa tem sido a compreensão também da Sexta Turma, desta Corte Superior, como indicam os seguintes precedentes:

[...] 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se consolidou no sentido de que o delito de roubo consuma-se com a simples inversão da posse da coisa alheia móvel, ainda que por breve instante, sendo desnecessário que o bem saia da esfera de vigilância da vítima. Prescindível, portanto, a posse tranquila do bem, obstada, muitas vezes, pela imediata perseguição policial.

[...] (**EDcl no REsp 1.425.160/RJ**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, 6ª T., DJe 25/9/2014)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ART. 157 DOCP. ROUBO. DESNECESSIDADE DA POSSE TRANQUILA DA RES. CONSUMAÇÃO DO DELITO.

1. Na via especial, a discussão acerca da classificação jurídica dos fatos dispostos nos autos mitiga a incidência da Súmula

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

7/STJ.

2. O tipo penal classificado como roubo se consuma no momento, ainda que breve, no qual o agente se torna possuidor da res, não se mostrando necessária a posse tranquila, fora da vigilância da vítima. [...] (**AgRg no REsp 1.410.795/SP**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 6/12/2013)

VI. Tese

Ante tais considerações, entendo que há motivos para o provimento do recurso, a fim de reconhecer a consumação do crime de roubo.

Por conseguinte, a tese jurídica fixada, para os fins previstos no art. 543-C do Código de Processo Civil, é a seguinte:

Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada.

VII. Dispositivo

À vista do exposto, dou provimento ao recurso especial para, reconhecendo a violação dos art. 14, I, e 157, ambos do Código Pena, declarar que houve a consumação do crime de roubo perpetrado pelo recorrido, restabelecendo a pena e o regime prisional fixados na sentença.

Por se tratar de recurso representativo da controvérsia, determino o envio de cópia do inteiro teor deste acórdão, após a devida publicação, à Presidência deste Superior Tribunal, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e dos Territórios, bem como aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, para o cumprimento do disposto no art. 543-C, §7º, do Código de Processo Civil e no art. 5º da Resolução n. 8/2008 deste Superior Tribunal.

(STJ – REsp 1.499.050/RJ – **Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz** – Terceira Seção – j. em 14/10/2015 – DJe de 09/11/2015).

De tal arte, para os fins do art. 543-C, do antigo Código de Processo Civil (atual art. 1.036, do CPC), a tese jurídica fixada, pelo Superior Tribunal de Justiça, é a seguinte:

"Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada."

Por fim, o Superior Tribunal de Justiça aprovou a Súmula n.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

582:

"Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada."

E, com base no entendimento da tese acima, é a jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça:

"DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO CONSUMADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FORMA TENTADA. INVERSÃO DA POSSE DA RES FURTIVAE CARACTERIZADA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

I. Caso em exame 1. Agravo regimental interposto contra decisão que não conheceu de habeas corpus, sustentando que o réu não consumou o roubo, pois foi surpreendido pela polícia antes de finalizar a subtração dos bens da vítima. O réu já havia se apossado de dois dos três bens visados.

II. Questão em discussão 2. A questão em discussão consiste em determinar se o crime de roubo foi consumado ou se deve ser reconhecida a forma tentada, considerando a posse de dois dos três bens visados.

III. Razões de decidir 3. O Tribunal de origem aplicou a teoria da amotio, segundo a qual o crime de roubo se consuma com a inversão da posse do bem, ainda que não de forma mansa e pacífica.

4. A jurisprudência do STJ e do STF é pacífica no sentido de que a consumação do roubo ocorre com a posse do bem, mesmo que por breve tempo e sem que saia da esfera de vigilância da vítima.

5. A defesa não sustentou a tese de tentativa em razões de apelação, e o acórdão afirmou que o réu já estava na posse de dois bens.

IV. Dispositivo e tese 6. Agravo regimental desprovido.

Tese de julgamento: 1. **O crime de roubo se consuma com a inversão da posse do bem, independentemente de posse mansa e pacífica.**

Dispositivos relevantes citados: CR/1988, art. 93, IX; CPC, art. 489, § 1º. Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no AREsp 1.990.868/TO, Min. Olindo Menezes, Sexta Turma, julgado em 05.04.2022; STJ, AgRg no HC 625.519/SC, Min. João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 07.12.2021."

(STJ - AgRg no HC 918.770/SP – **Rel. Min. Ribeiro Dantas** - Quinta Turma – j. em 4/11/2024 - DJe de 7/11/2024);

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE DENÚNCIA E SENTENÇA.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

INOCORRÊNCIA. EMENDATIO LIBELLI. VALIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FORMA TENTADA. IMPOSSIBILIDADE. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS RECONHECERAM A INVERSÃO DA POSSE DA RES FURTIVAE. SÚMULA 582/STJ. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 231/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. Nos termos do decidido pela Terceira Seção deste Superior Tribunal no julgamento do Recurso Especial n. 1.499.050/RJ, submetido ao rito dos recursos repetitivos, "consoma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada".

Posteriormente, a Terceira Sessão aprovou a Súmula 582, com a mesma redação.

3. A Corte Estadual reconheceu ter havido a inversão da posse da res furtivae - destacando, inclusive, que o dinheiro subtraído estava na posse do corréu quando da prisão em flagrante dos agentes.

Portanto, para infirmar tal conclusão seria necessário revolver o contexto fático-probatório dos autos, o que não é admitido em sede de recurso especial.

[...]

6. Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no AREsp 2.552.794/BA – Rel. Min. Ribeiro Dantas - Quinta Turma – j. em 23/4/2024 - DJe de 25/4/2024);

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA DELITO DE FURTO. ALEGADA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO ACERVO FÁTICO E PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. **DESCCLASSIFICAÇÃO PARA FORMA TENTADA. INVERSÃO DA POSSE DO BEM CONFIGURADA.** IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO ACERVO FÁTICO E PROBATÓRIO. RECONHECIMENTO DE ATENUANTE. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 231/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

3. Nos termos do decidido pela Terceira Seção deste Superior Tribunal no julgamento do Recurso Especial n. 1.499.050/RJ, submetido ao rito dos recursos repetitivos, "consoma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada". Posteriormente, a Terceira Sessão aprovou a Súmula 582, com a mesma redação.

4. A Corte Estadual reconheceu ter havido a inversão da posse da res furtivae - a qual, inclusive, saiu da esfera de vigilância da vítima, ainda que por breve espaço de tempo, pois o recorrente

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

foi abordado próximo ao local dos fatos, ainda com o bem subtraído em sua posse -, e, por conseqüência, a consumação do crime de roubo. Portanto, para infirmar tal conclusão seria necessário revolver o contexto fático-probatório dos autos, o que não é admitido em sede de recurso especial, por incidência da Súmula 7/STJ.

[...]6. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STJ – AgRg no AREsp 2.286.197/BA – **Rel. Min. Ribeiro Dantas** – Quinta Turma – j. em 23/03/2023 – DJe de 28/03/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL (RECONSIDERAÇÃO) NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E RESISTÊNCIA. 1) RECONHECIMENTO DA TENTATIVA. **CRIME CONSUMADO. INVERSÃO DA POSSE DO BEM, AINDA QUE POR BREVE TEMPO. PRESCINDIBILIDADE DA POSSE MANSA E PACÍFICA. SÚMULA N. 582 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ.** 2) RECONHECIMENTO DA PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA (ART. 29, §1º, DO CÓDIGO PENAL - CP). AGENTE QUE TEVE PARTICIPAÇÃO FUNDAMENTAL E ATIVA NA AÇÃO CRIMINOSA. REVISÃO DE ENTENDIMENTO QUE DEMANDA REEXAMA FÁTICO-PROBATÓRIO. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. 3) AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Conforme Súmula n. 582 desta Corte, ocorre delito de roubo consumado com a inversão da posse do bem, ainda que por breve tempo.

[...]

3. Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no AgRg no AREsp 2.013.102/RJ – **Rel. Min. Joel Ilan Paciornik** – Quinta Turma – j. em 08/03/2022 – DJe de 14/03/2022);

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA MODALIDADE TENTADA. IMPOSSIBILIDADE. **CRIME CONSUMADO NO MOMENTO DA INVERSÃO DA POSSE DO BEM. SÚMULA 582/STJ.** CONCURSO FORMAL DE CRIMES. AÇÃO CRIMINOSA QUE ATINGIU BENS DE VÍTIMAS DIVERSAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

III - A decisão da Corte local se coaduna com a jurisprudência do STJ no sentido de que **"Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada"** (Súmula n. 582 do STJ). Precedentes.

[...]

Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no HC 752.776/SC – **Rel. Min. Messod Azulay Neto** – Quinta Turma – j. em 06/03/2023 – DJe de 14/03/2023).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Aliás, a "res" não foi recuperada, a evidenciar, assim, a consumação criminosa roubadora.

De outra banda, correto o reconhecimento do concurso formal de crimes.

Deveras, o apelante e o seu comparsa não identificado, em um só contexto fático, subtraíram bens móveis de duas vítimas, **Ângela Roberta e Jaíne dos Santos**:

"Consta dos autos que (BOs de fls. 3/4 e 6/7), no dia 31 de maio de 2019, por volta das 16h30min, na Avenida Treze de Maio, altura do nº 191, Jardim Paulista, nesta cidade e comarca de Ribeirão Preto, GUILHERME DIAS, qualificado às fls. 148/149, agindo de comum acordo e unidade de propósito com um comparsa não identificado, mediante emprego de grave ameaça: a) subtraiu para si coisa alheia móvel, consistente em 1 (um) telefone celular Samsung J8, avaliado em R\$ 332,10 (trezentos e trinta e dois reais e dez centavos – fls. 164/165) e pertencente à vítima J.D.S.G; b) subtraiu para si coisa alheia móvel, consistente em 1 (um) telefone celular Motorola Moto G6, avaliado em R\$ 305,10 (trezentos e cinco reais e dez centavos – fls. 164/165) e pertencente à vítima A.R.B.[...]" (fls. 171).

Ora, se o agente pratica o crime, contra duas ou mais pessoas de uma só vez, ocorre o concurso formal, nos termos do art. 70, "caput", do Código Penal. É de se ressaltar que era possível saber que os bens subtraídos pelo réu pertenciam a vítimas distintas, até porque é notório que cada um dos dois aparelhos celulares pertenciam a cada uma das vítimas **Ângela Roberta e Jaíne dos Santos**, que os usavam, coisas de uso pessoal. É mister, portanto, a manutenção do reconhecimento do concurso formal de crimes.

Aliás, o entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e do Superior Tribunal de Justiça:

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"Agravos regimental no recurso ordinário em habeas corpus. 2. Latrocínio. Recurso manifestamente inadmissível autoriza o Relator a, monocraticamente, negar-lhe seguimento. 3. É legítimo o indeferimento de diligências requeridas pelas partes, quando consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. Inteligência do art. 400, §1º, do CPP. Precedentes. **4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de configurar-se concurso formal a ação única que tenha como resultado a lesão ao patrimônio de vítimas diversas, e não crime único.** 5. Agravo improvido."

(STF - RHC 221.004-AgR/MT – Rel. Min. GILMAR MENDES - Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – Dje de 28/02/2023);

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. ROUBO. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CONCURSO FORMAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. A orientação jurisprudencial desta Corte é no sentido de que o habeas corpus não se revela instrumento idôneo para impugnar decreto condenatório transitado em julgado. Precedentes.

2. O acolhimento da pretensão defensiva demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que não é possível em habeas corpus.

3. A decisão de origem não contraria a orientação do Supremo Tribunal Federal no sentido de “configurar-se concurso formal a ação única que tenha como resultado a lesão/ ao patrimônio de vítimas diversas, e não crime único” (HC 91.615, Rel^a. Min^a. Cármen Lúcia).

4. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STF - HC 199.843-AgR/SP – Rel. Min. ROBERTO BARROSO - Primeira Turma – j. em 28/06/2021 – Dje de 01/07/2021);

"AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. MATÉRIA CRIMINAL. *WRIT* UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE EVIDENTE OU TERATOLOGIA. CRIME DE ROUBO PRATICADO MEDIANTE CONDUTA ÚNICA CONTRA VÍTIMAS DIVERSAS. CONCURSO FORMAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O habeas corpus impetrado perante o STJ não merecia conhecimento na medida em que funcionou como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes.

2. Não há ilegalidade evidente ou teratologia a justificar a excepcionalíssima concessão da ordem de ofício.

3. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme ao reconhecer a aplicação do concurso formal de crimes (art. 70 do CP) aos delitos de roubo que, mediante conduta única, atingem o patrimônio de vítimas diversas.

4. Agravo regimental desprovido."

(STF - HC 190.090-AgR/SP – Rel. Min. EDSON FACHIN - Segunda Turma – j. em 30/11/2020 – Dje de 15/12/2020);

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO TRIPLAMENTE MAJORADO. CONCURSO FORMAL DE CRIMES. SUBTRAÇÃO DE PATRIMÔNIOS DISTINTOS. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E DA CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REVISÃO DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

II. Questão em discussão 2. Há duas questões em discussão: (i) se o roubo cometido em um mesmo contexto fático, mas contra vítimas distintas, deve configurar crime único ou concurso formal; e (ii) se a valoração negativa das circunstâncias do crime e da culpabilidade foi fundamentada adequadamente.

III. Razões de decidir 3. O Tribunal de origem aplicou corretamente o concurso formal de crimes, uma vez que houve a subtração de patrimônios de pessoas distintas, o que enseja a configuração de concurso formal, conforme consolidada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça.

4. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, quando há subtração de bens de vítimas distintas, em um mesmo contexto fático, configura-se concurso formal de delitos, e não crime único.

[...]

IV. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO."

(STJ - AgRg no HC 934.649/MG – Rel. Min. Daniela Teixeira - Quinta Turma – j. em 4/11/2024 - DJe de 6/11/2024);

"PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE ROUBO MAJORADO. PLEITO ABSOLUTÓRIO E DE RECONHECIMENTO DA PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. CONCURSO FORMAL DE CRIMES. PATRIMÔNIOS DISTINTOS. CONFIGURAÇÃO. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO PARA CONFIGURAÇÃO DA MAJORANTE. PRESCINDIBILIDADE. EXASPERAÇÃO DA PENA EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. OBSERVÂNCIA À SÚMULA N. 443 DO STJ. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

3. A jurisprudência desta Corte alinhou-se no sentido de que a subtração de patrimônios de pessoas distintas num mesmo contexto fático, mediante uma só ação, enseja o concurso formal no delito de roubo. No caso dos autos, o Tribunal de origem entendeu pela configuração do concurso formal de crimes, consignando que houve a subtração de três patrimônios distintos, não havendo falar na hipótese de crime único.

[...]

6. Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no AREsp 2.534.253/SP – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik - Quinta Turma – j. em 27/8/2024 - DJe de 2/9/2024);

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. ROUBO. VIOLAÇÃO A PATRIMÔNIO DE VÍTIMAS DIFERENTES. EVENTO ÚNICO. CONCURSO FORMAL. CONFIGURAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No caso, o Tribunal de origem decidiu em conformidade com a jurisprudência desta Corte Superior segundo a qual "o roubo perpetrado com violação de patrimônios de diferentes vítimas, ainda que num único evento, configura a literalidade do concurso formal de crimes, e não apenas de crime único" (AgRg no AREsp n. 2.271.347/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 25/4/2023, DJe de 3/5/2023).

2. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STJ - AgRg no AREsp 2.507.946/SP – **Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro** - Sexta Turma – j. em 27/8/2024 - DJe de 2/9/2024);

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO E EXTORSÃO. RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. INDEVIDO REVOLVIMENTO FÁTICO PROBATÓRIO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Conforme jurisprudência desta Corte, não há que se falar em crime único quando, num mesmo contexto fático, são subtraídos bens pertencentes a vítimas distintas, caracterizando concurso formal, por terem sido atingidos patrimônios diversos, nos moldes do art. 70 do Código Penal.

[...]

3. Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no HC 907.890/SP – **Rel. Min. Ribeiro Dantas** - Quinta Turma – j. em 1/7/2024 - DJe de 12/8/2024);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. CONCURSO FORMAL. CONFIGURAÇÃO. ÚNICO EVENTO. VIOLAÇÃO DE PATRIMÔNIOS DE DIFERENTES VÍTIMAS. DESCLASSIFICAÇÃO E APLICAÇÃO DO ART. 29, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. CONCURSO DE CAUSAS DE AUMENTO. REDAÇÃO DO CÓDIGO PENAL ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 13.654/2018. AUMENTO SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SÚMULA N. 443 DO STJ. REGIME MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTOS VÁLIDOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte, o roubo praticado com violação de patrimônios de diferentes vítimas, ainda que num único evento, configura a literalidade do concurso formal de crimes, e não apenas de crime único, como na espécie.

[...]

7. Agravo regimental não provido."

(STJ - AgRg no HC 884.961/SP – **Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz** - Sexta Turma – j. em 27/5/2024 - DJe de 3/6/2024).

Logo, de rigor a parcial manutenção da sentença penal condenatória, que bem fundamentou a existência de provas aptas para

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

ensejar a condenação do réu pela prática do crime de roubo majorado, via concurso formal de crimes. Nesse sentido, ademais, a referida sentença:

"[...]

EIS O RELATÓRIO.

FUNDAMENTO E DECIDO.O pedido formulado na denúncia é procedente em parte, ou seja, com a com apenas a ressalva que adiante se fará a respeito da participação de menor importância do acusado.

De fato, a prova é coerente e robusta no sentido de identificar aquele acusado como o que teria real e dolosamente pelo menos participado daquele delito de roubo, ainda que não se possa ter certeza de sua execução direta ou pessoal em relação às rendidas.

Primeiro, contudo e sobre a materialidade do mesmo roubo, tudo adveio do que lavrado no auto de prisão em flagrante, acompanhado de auto de avaliação de pags. 164/165.

Sobre a autoria e em Juízo, a vítima Ângela Roberta explicou que naquele dia vinha acompanhada da outra vítima, sua colega, e de mais uma, as três reunidas em ponto de ônibus onde pretendiam esperar transporte. Disse que se sentou no ponto e as outras duas permaneceram de pé quando dois agentes, motociclista e passageiro, atravessaram em direção a elas, ou seja, antes passaram por elas e deram a volta no quarteirão e, quando retornaram, o que vinha na garupa determinou a entrega do celular das outras duas. Segundo ela, foi depois disso que o garupa insistiu também pelo celular da depoente que, a princípio, negou portá-lo, mas daí ele insistiu sacando uma arma, o que a levou a entregar também aquele seu bem.

A mesma vítima então narrou a fuga dos dois, sabendo que a placa da moto deles foi anotada por aquela terceira rendida, Adrielle, a que não quis fazer boletim de ocorrência. Disso, na delegacia, embora tenham informado aquele número anotado, não tiveram certeza daquela anotação como sendo a correta. Explicou que os autores mantinham seus rostos parcialmente encobertos com capacetes, mas que, sobre o garupa, era possível visualizá-lo na altura dos olhos, bigode e barba, daí respondendo que ambos tinham também a pele morena, altura e peso medianos, e ainda o garupa pareceu ter uma tatuagem na altura do braço ou do ombro, mas a qual ela não pôde ver o que era ou como era.

Ao ser o réu, com a placa com o número "1", enfileirado com outros dois que ele mesmo providenciou em apresentação, aquela vítima apontou para o próprio com uma certeza que ela mesma declarou que alcançava cerca de oitenta a noventa por cento de certeza, indicando-o como o sujeito que a rendeu e aquele que se referiu como sendo o passageiro da moto. Disse que o reconhecia inclusive pelas tatuagens, as quais já tinha antes mencionado.

Contudo houve uma divergência significativa ou relevante acerca daquele último reconhecimento: é que ela se referiu ao fato de que o réu, sujeito de pele branca, seria o garupa da moto, enquanto que na época tanto ela como outra vítima referiram-se ao garupa como sendo de pele negra, ou seja, diferente das características do réu.

Sequencialmente, o investigador José Guilherme primeiro narrou o que conheceu das vítimas sobre suas rendições no ponto de ônibus, com a levada dos celulares, tendo elas declarado que notaram

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

características físicas dos dois: o condutor de pele branca, o passageiro negro, um pouco mais magro, e forneceram inclusive uma placa. Ao chegarem na identificação da moto, chegaram também na identificação de sua proprietária como sendo a mãe do aqui réu **GUILHERME**. E dias depois souberam que o mesmo réu teria sido preso em flagrante cometendo roubos em mesmo modus operandi, e inclusive tinha sido preso com aquela moto e com um dos celulares de uma das vítimas.

Explicou que, com a prisão de **GUILHERME**, puderam cruzar os acontecimentos para certeza de que ele também era o autor dos roubos desse caso, e ainda se lembrou de que o rastreo do celular de uma das vítimas desse caso, depois do roubo, apontava para a cidade de São José do Rio Preto, que seria onde esteve ou morou o réu. A Defesa quis saber se a vítima apresentou algum documento sobre o fato de que o rastreo estava apontando para aquela outra cidade, quando o depoente disse que, salvo engano, ela teria apresentado o celular novo que mantinha o rastreo do antigo, explicando que chegou a conversar com aquela vítima embora suas declarações tenham sido tomadas pelo escrivão. E no fim confirmou que as vítimas se referiram ao passageiro como sendo de pele negra.

O investigador José Guilherme reiterou como se deram as providências de investigação a partir do relato das vítimas, explicando que pelo menos com uma teria conversado, reiterando que os relatos davam conta de que o garupa tinha pele negra, e o motorista ou o réu, seria o de pele branca. E daí deu conta de outras informações que obtiveram para identificação daquela autoria do réu a partir das placas de veículo e rastreo de celular. Importa destacar que aqueles policiais ratificaram os termos do conteúdo de depoimento já correspondente à época dos fatos, o da outra vítima Jaine que, dias depois da lavratura da ocorrência, realmente compareceu em sede de delegacia e deu informes mais precisos em prol da investigação de autoria dos roubadores da vez. De fato daquela vez, a mesma depoente foi além da mera narrativa do roubo e também descreveu determinadas características dos autores, dizendo-se que o condutor da moto era *“branco aparentava ser de estatura alta e meio fortinho, já o garupa que desceu, era negro mais magro pode notar que na ocasião estava usando uma barba rala e que tinha uma tatuagem em um dos braços onde tinha uma frase”, e acrescentou que “(...) puderam anotar ainda a placa da moto que era FDY-3039. Que depois do roubo tentou rastrear seu celular e nisso dias após o roubo verificou que seu celular estava ativo na cidade de São José do Rio Preto”* (pag. 05).

Daí em Juízo foi ouvida então aquela vítima Jaine que primeiro explicou que ela estava de cabeça baixa e não pôde se ater a características dos assaltantes, ou seja, nada da fisionomia, a ponto de não saber identificar e nem se lembrar nada dos detalhes da moto. Mas se lembrou de que a outra menina que as acompanhava anotou o número da placa da moto. Indagada se ela chegou a fazer uma consulta ou rastreo de celular, sendo lido o trecho de seu depoimento anterior sobre isso, a mesma depoente ratificou que isso ocorreu de fato, ou seja, de quando o acionou e indicou o Imei, para ela foi dada a localização da cidade de São José do Rio Preto. Também referido para ela os indicadores que deu das características dos assaltantes na época ou na delegacia, ela disse que não se lembrava sequer de ter falado sobre aquilo, repetindo que *“não*

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

chegou a ver as pessoas”.

Ao final, o réu preferiu admitir uma parte dos fatos, ou seja, embora tenha negado a autoria direta da execução dos roubos aqui, ressaltou que na época costumava emprestar ou “alugar” sua moto em biqueiras que frequentava, alegando que, embora não soubesse o que terceiros envolvidos com o tráfico ou com as drogas que lhes eram fornecidas, fariam com seu veículo, não se preocupou com isso, assumindo, certamente, o dolo eventual de que a mesma viesse a ser usada como instrumental de delitos daquele tipo. Aliás, o réu foi além: disse que em uma das vezes um dos sujeitos que tomou sua moto para empréstimo simplesmente voltou e lhe perguntou se ele queria um celular, o que ele aceitou também receber, ou seja, reforçando que tomou lucro ou vantagem com aquela ação dos parceiros, seja na obtenção de produto de crime daquele tipo, seja na obtenção de drogas.

Enfim ou recapitulando, se a prova não é tão certa ou absoluta sobre a identificação do réu como um dos assaltantes diretos das tais mesmas vítimas, a sua versão judicial, complementada com outras provas relevantes, como a da anotação correta da moto utilizada no mesmo assalto, comprova pelo menos que ele teve participação naquele mesmíssimo fato, ainda que sob dolo do tipo eventual.

Portanto, não há outra conclusão senão a de que a autoria delituosa daquele roubo também recaiu sobre o acusado, e ainda que possam ser outros o garupa e condutor daquela sua moto, daquela vez.

E veio aqui configurada uma modalidade de concurso formal, ou seja, se foram os patrimônios de ambas as vítimas subtraídos mediante o emprego de arma de fogo, há concurso formal. No caso, já pelo simples fato de terem sido descritos na denúncia o ataque a duas vítimas distintas, que culminou no roubo de patrimônios também distintos, então o caso é mesmo de concurso formal. Portanto, na dosimetria da pena, aplicar-se-á a majoração prevista no art. 70, do Código Penal, no patamar de um sexto, considerando que são duas as vítimas e patrimônios atingidos com a conduta do réu.

Finalmente, do que já fundamentei, o réu faz jus à aplicação da diminuição prevista no §1º, do artigo 29 do Código Penal, uma vez que não há certeza de que estava presente no local do fato, do que sua atuação se pode considerar secundária na falta de elementos firmes que o revelem mentor intelectual ou eventual comandante dos demais, em total ou suficiente domínio do fato. Portanto, entendo que o caso é mesmo o da redução pela menor participação, mas e em patamar de apenas um sexto; sobre essa dosagem mínima entre as frações legais, houve não só contribuição material, mas outra que não se pode entender de pouco ou menor relevo: houve menções do próprio réu de que ele se prestou ao referido ajuste mais de uma vez e contava com a confiança dos demais, sobrando-lhe, pelo menos uma vez, a entrega de um dos bens roubados.

Nesse mesmo sentido: [...].

É o quanto basta, portanto, à condenação do réu, naqueles termos.

[...]” (fls. 359/368).

Vai daí que se reputa parcialmente incensurável a sentença, que merece subsistir pelos seus próprios fundamentos, de fato e de direito, aos quais, para se evitar tautologia, reporto-me, fazendo-o consoante o permissivo do art. 252, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça do

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Estado de São Paulo. A propósito, trago entendimento, do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que dá plena legitimidade jurídico-constitucional em situações, como aqui, em que adotei a técnica da motivação "per relationem":

"AGRAVO INTERNO EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO DE APELAÇÃO. **ADMISSIBILIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM.** RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

1. **A utilização da técnica da fundamentação per relationem não configura ofensa ao disposto no art. 93, IX, da Constituição da República.**

2. Agravo interno desprovido."

(STF – RHC 221.785-AgR/RS – **Rel. Min. NUNES MARQUES** – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 07/03/2023);

"Embargos de declaração no recurso extraordinário com agravo. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, nos termos do art. 1.024, §3º, CPC. 2. Direito Processual Civil. Competência. Ação possessória. 3. **Alegação de violação ao artigo 93, inciso IX, da CF. Tema 339 da repercussão geral. Acórdão recorrido suficientemente motivado. Motivação per relationem. Validade. Precedentes.** 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento."

(STF – ARE 1.370.438-ED/PR – **Rel. Min. GILMAR MENDES** – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 28/02/2023);

"AGRAVO INTERNO NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE LESÃO CORPORAL NO ÂMBITO DOMÉSTICO. ARTIGO 129, §9º, DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADES PROCESSUAIS. ALEGADA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO "PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF". SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO ENGENDRADO NOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. REITERAÇÃO DAS RAZÕES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

[...]

3. **A motivação per relationem é técnica de fundamentação de decisão judicial admitida pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes: HC 170.762-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 29/11/2019; HC 176.085-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 4/12/2019.**

[...]

10. Agravo interno desprovido."

(STF – HC 222.534-AgR/RS – **Rel. Min. LUIZ FUX** – Primeira Turma – j. em 13/02/2023 – DJe de 17/02/2023);

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. ROUBO. MODUS OPERANDI. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. SENTENÇA. MANUTENÇÃO DA PRISÃO. REMISSÃO ÀS PREMISSAS DA DECISÃO CONSTRITIVA ORIGINÁRIA. **MOTIVAÇÃO PER RELATIONEM. ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES.**

[...]

2. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a técnica fundamentação per relationem não viola o art. 93, inc. IX, da Constituição da República.**

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento."

(STF – HC 210.700-AgR/DF – **Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA** – Segunda Turma – j. em 08/08/2022 – DJe de 09/09/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. OFENSA NÃO CONFIGURADA. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. **FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM.** VALIDADE. NULIDADE. DEFICIÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. SÚMULA 523/STF. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA.

[...]

3. Da leitura dos fundamentos do acórdão objurgado, constato explicitados os motivos de decidir, circunstância que afasta o vício da nulidade por negativa de prestação jurisdicional arguido (art. 93, IX, da Lei Maior). A disparidade entre o resultado do julgamento e a expectativa da parte não sugere lesão à norma do texto republicano.

4. **O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência consolidada quanto à regularidade da fundamentação per relationem como técnica de motivação das decisões judiciais. Precedentes.**

[...]

9. Agravo regimental conhecido e não provido."

(STF – HC 186.720-AgR/SP – **Rel. Min. ROSA WEBER** – Primeira Turma – j. em 29/08/2022 – DJe de 31/08/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ACÓRDÃO QUE MANTEVE A PRONÚNCIA DO PACIENTE. MATÉRIAS SUSCITADAS DEVIDAMENTE ENFRENTADAS. **USO DA FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.** AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO."

(STF – HC 213.388-AgR/RS – **Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES** – Primeira Turma – j. em 27/04/2022 – DJe de 28/04/2022);

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ALEGAÇÃO DE

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

NULIDADES. CERCEAMENTO DE DEFESA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FATOS E PROVAS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE OU ABUSO DE PODER. **DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA**. PRISÃO PREVENTIVA. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

[...]

4. A técnica da "fundamentação per relationem, na qual o magistrado se utiliza de trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir, não configura ofensa ao disposto no art. 93, IX, da CF" (RHC 116.166, Rel. Min. Gilmar Mendes). Ademais, o STF já decidiu que as decisões judiciais não precisam ser necessariamente analíticas, bastando que contenham fundamentos suficientes para justificar suas conclusões (AI 791.292-QO-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes).

[...]"

(STF – HC 207.155-AgR/PR – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 14/12/2021 – DJe de 07/02/2022).

Certa a condenação do réu, passo às suas penas.

No que concerne às penas-base do réu, foram elas fixadas acima do mínimo legal, uma vez que, como bem salientado na sentença, há circunstâncias judiciais a desfavorecê-lo.

Deveras, na dosimetria das penas do réu devem ser levadas em consideração as diretrizes do art. 59, "caput", do Código Penal, a saber: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos do crime, as suas circunstâncias e consequências, comportamento da vítima e tudo para que se possam calibrar as penas em conformidade com a necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime específico.

Quiçá das mais importantes - se não a mais - das normas do Código Penal, é o mencionado artigo, que propicia a concretização do justo, isto é, que norteia a justa retribuição estatal àquele que infringiu alguma norma penal, praticando um determinado crime. Paradoxalmente, entretanto, é este artigo costumeiramente desrespeitado, ao menos sob o ponto de vista da sua integralidade, poucos Magistrados atentando para os seus requisitos, que seguidos permitem o estabelecimento da pena necessária e suficiente

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

para a reprovação e a prevenção do crime.

Diz-se isso porque, no mais das vezes, sabe-se lá por qual insondável motivo, o Magistrado costuma transformar o art. 59, "caput", do Código Penal em uma espécie de binômio, no qual importariam, unicamente, os antecedentes criminais do réu e a sua eventual primariedade, esquecendo-se de considerar os demais requisitos: culpabilidade, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima. E tudo isso, insista-se, sob o enfoque da necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime praticado. Por isso, quando bem aplicado, quando analisado em sua inteireza, o artigo em pauta torna-se valioso e fundamental instrumento para que o Estado, que para si chamou a pacificação social, possa aplicar a pena justa, seja ela qual for.

Como lembrado por **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**:

"Política da Pena Mínima: tem sido hábito de vários Juízes brasileiros, de qualquer grau de jurisdição, optar, quase sempre, pela aplicação da pena mínima aos acusados em julgamento. Despreza-se, em verdade, os riquíssimos elementos e critérios dados pela lei penal para escolher, dentre o mínimo e o máximo cominados para cada infração penal, a pena ideal e concreta para cada réu. Não se compreende o que leva o Judiciário, majoritariamente, a eleger a pena mínima como base para a aplicação das demais circunstâncias legais. Afinal, o art. 59, mencionando oito elementos diversos, almeja a aplicação da pena em parâmetros diferenciados para os réus submetidos a julgamento. A padronização da pena é contrária à individualização, de modo que é preciso alterar essa conduta ainda predominante. Demonstrando sua contrariedade a esse método e cuidando da reprovação social prevista no art. 59, do Código Penal, manifesta-se Luiz Antônio Guimarães Marrey, nos seguintes termos: 'Esse juízo de reprovação tem por base a conduta realizada pelo agente, cabendo ao Juiz ponderar, na aplicação da pena, 'a forma e o modo de execução da ação descuidada, em face das exigências concretas de cuidado', para estabelecer 'a gradação material do perigo'. Justifica-se, portanto, o aumento da pena-base, em atenção à culpabilidade do acusado e às circunstâncias em que ele delinuiu, quando menos para não assimilar hipóteses distintas a situações rotineiras, como se não apresentassem uma gravidade específica, peculiar e inconfundível com modestas vulnerações à ordem pública. A lei procura, claramente, separar o joio do trigo, recomendando o aumento da pena de modo proporcional aos efeitos da conduta, tanto

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

mais quando sempre manda ter em conta, na primeira fase do cálculo, as 'consequências' do crime (CP, art. 59).

Logicamente, a maior extensão dos danos deve repercutir na dimensão das penas, forçando a elevação do castigo. A despeito disso, há anos generalizou-se no foro o hábito de impor os castigos nos limites mínimos, com abstração das circunstâncias peculiares a cada delito. Entretanto, pena-base não é sinônimo de pena mínima. Não se sabe bem o que leva Magistrados tão diferentes, das mais diversas Comarcas do Estado, a assimilar os mais distintos casos, para puni-los, quase invariavelmente, no mesmo patamar, como se não apresentassem uma gravidade específica, própria e inconfundível. Decididamente, não é por falta, na lei, de parâmetros adequados. Tome-se o delito de roubo para análise: na figura fundamental, dispõe o Julgador de generosa escala (4 a 10 anos de reclusão), para acomodar os diversos episódios delituosos. Apesar disso, pouco importando as circunstâncias e consequências do delito, a culpabilidade revelada pelo autor, a conduta social deste e os motivos de sua prática, quase sempre se pune o assaltante, na base, com o quatriênio, como se todos aqueles fatores pudessem ser desconsiderados na composição da reprimenda. Com a indiscriminada imposição das penas mínimas, vem-se tratando de modo igual situações completamente distintas, de sorte a que, na prática, não se notem diferenças sensíveis na punição, que é a mesma ou quase a mesma, tenha sido o roubo cometido sob um impulso momentâneo, figurando como objeto bem de escasso valor, com subjugação de uma única vítima, sem requintes de perversidade, ou decorra, ao contrário, de um premeditado projeto, lentamente acalentado com intimidação de diversas pessoas, para obtenção de lucro fácil, destinado a sustentar o ócio de profissionais da malandragem. Essa tendência encerra, em verdade, dupla injustiça. A mais evidente é com a própria sociedade, pois, devendo a sentença refletir no castigo o senso de Justiça das pessoas de bem, não atende a tão elevado propósito essa praxe de relegar a plano subalterno os critérios legais da fixação da pena, preordenados a torná-los 'necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime' (Código Penal, art. 59, "caput" (Protocolado 15.553/00, art. 28 do CPP, Inque. 2000)."

(**Código Penal Comentado**, 8ª edição, revista, atualizada e ampliada, 2ª tiragem, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2008).

Convergindo para o entendimento acima, único que se crê adequado mas antes disso, legal, **JUAN CARLOS FERRE OLIVÉ, MIGUEL ÁNGEL NÚNEZ PAZ, WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA e ALEXIS COUTO DE BRITO** ensinam que é a partir da individualização judicial da pena que o Magistrado consegue, desde uma estruturação em torno das disposições legais, estabelecer a espécie e a quantidade da pena adequada, diria eu, justa, a cada autor de um determinado crime. E na linha do afirmado, após dissertarem, com a profundidade recomendada, inclusive acerca dos limites

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

da pena, voltam as suas atenções para a determinação da pena-base, ápice, verdadeiro vértice do triângulo em que se enfeixam os critérios que norteiam o sistema trifásico de fixação da pena.

Assim, é do ensinamento dos autores:

"O art. 59 do CP brasileiro traz uma série de critérios para se cumprir adequadamente com esta tarefa:

A culpabilidade. Para se poder aplicar qualquer tipo de pena, é imprescindível constatar a culpabilidade do sujeito. Dita culpabilidade nunca pode se basear na retribuição, mas sim na prevenção, e é essencialmente graduável. Conforme a necessidade preventiva da pena, e atendendo aos limites que marcam o princípio de proporcionalidade, o juiz deve raciocinar sobre a quantificação da pena na medida da culpabilidade.

Os antecedentes. Faz-se referência aos antecedentes criminais do condenado. O sistema penal de um Estado social de Direito, que não se baseia na pura retribuição, deve colocar os antecedentes criminais do condenado em um lugar secundário. Estes antecedentes não devem ser considerados se forem suscetíveis de valoração para fins de reincidência, que sendo uma circunstância agravante, será observada no passo seguinte (vide infra, ponto 3.3.3). Tampouco cabe considerar 'antecedente' a forma de vida do sujeito, como seus costumes ou ocupações, na medida em que não sejam criminosas (ou seja, penalmente típicas e antijurídicas). Nem os meros processos iniciados contra a pessoa, ou as sentenças condenatórias recorríveis. Em conclusão, os antecedentes a que faz referência o art. 59 do CP resumem-se a condenações anteriores por crimes, que não estão compreendidas dentro do conceito de reincidência (arts. 63 e 64 do CP, ou seja, se anteriores à primeira condenação, se passados mais de cinco anos da condenação anterior, ou se tratar de crimes militares ou políticos).

A conduta social. Refere-se à forma de vida do condenado, ou seja, um critério que pode ser utilizado em seu favor ou contra ele. A manutenção desta pauta deve ser questionada. É que nenhum órgão jurisdicional pode ser totalmente objetivo na hora de julgar o comportamento social de outros (em troca, deve-se exigir-lhe objetividade ao analisar o comportamento criminoso). Podem aparecer prejuízos e parâmetros que em nada têm a ver com a medida de uma pena. E também podem renascer as propostas mais aberrantes, que materializem a persecução penal da marginalidade (cultural, sexual, econômica etc). Por outro lado, não devemos esquecer que o ato dos sujeitos que não respeitam estritamente todos os parâmetros sociais foi, em muitas ocasiões, positivo para a sociedade, foi o motor das trocas mais audaciosas, e nem por isso, menos relevantes.

A personalidade do agente. Toda indagação sobre a personalidade baseia-se nas abordagens da psicologia e da psiquiatria. O sujeito já foi considerado imputável e, portanto, merecedor de pena. Sua personalidade já teve que ser considerada na culpabilidade. Quais parâmetros da personalidade, alheios à culpabilidade, podem ser úteis para aumentar ou reduzir uma pena que já foi declarada

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

merecida e necessária? Como ocorre com a valoração da conduta social, a indagação sobre a personalidade não deve cobrir a exaltação de prejuízos morais ou sociais do que alguns julgadores podem fazer uso e abuso.

Os motivos. Podem aumentar ou diminuir a pena. São aspectos subjetivos, os últimos fins que levam ao cometimento do fato criminoso.

As circunstâncias do crime. São elementos acidentais, que fazem referência ao maior, ou menor, desvalor da ação, ou do resultado, tudo aquilo que pode ser suscetível de graduação (maior ou menor injusto, maior ou menor quantidade de dolo etc.) Não se podem considerar as circunstâncias atenuantes e agravantes legalmente previstas, pois sua consideração corresponde ao passo seguinte (vide infra, ponto 3).

As consequências do crime. Refere-se ao dano real ou potencial causado, ou seja, o desvalor do resultado. Logicamente o crime pode ter outras consequências indiretas (afetação de terceiros, suicídios, prejuízos que escapam da relação entre autor e o bem jurídico tutelado etc). Mas estes resultados não podem ser considerados, porque não se pode responder em maior medida por algo que não se conhece, aquilo que excede o requerido pelo tipo penal e pode não estar abrangido pelo dolo.

O comportamento da vítima. A atuação da própria vítima pode influir na realização do crime. O que pode repercutir em um aumento ou diminuição da pena, conforme o caso.

O determinante será considerar como devem ser avaliados estes elementos pelo órgão jurisdicional. Não se trata de uma mera operação aritmética, mas de uma solução ponderada e racional. O ponto básico de referência é a prevenção especial positiva (ressocialização), complementada em um segundo plano pela prevenção geral positiva (seriedade da ameaça) e pelo princípio da proporcionalidade. Estes fins e princípios proporcionam ao juiz a principal referência para desenvolver um processo lógico, relacionando o fato criminoso e seu autor com determinada medida de pena. O juiz deverá considerar todos os critérios enunciados pelo art. 59 do CP, mediante uma ponderação cujo centro deve ser a culpabilidade do autor. A partir dali ajusta-se a pena-base com o auxílio dos demais critérios."

(Direito Penal Brasileiro, Parte Geral, Princípios Fundamentais e Sistema, 1ª edição, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2011).

Pode-se afirmar, corolário do que se sustenta, ainda em atenção ao art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, que estipula que a Lei regulará a individualização da pena, aqui entendido o art. 59, "caput", do Código Penal, não haver impedimento, antes disso, ser imperiosa a fixação da pena-base acima do mínimo legal toda vez que se demonstrar que as diretrizes do sobredito artigo codificado são desfavoráveis, total ou majoritariamente, ao réu. De sorte que somente se tais diretrizes forem favoráveis ao réu é que terá cabimento a fixação da pena-base no seu mínimo

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

legal; do contrário, necessariamente, deverá ela ser fixada acima do mínimo legal. Nesse sentido, por sinal, invoco antecedente da relatoria do excelso Ministro que, outrora, iluminou esta Corte de Justiça: STF - HC 88.284/SC – 2ª T - **Rel. Min. CEZAR PELUSO** - j. 24.04.2007 - v.u. Decorre desse entendimento, como diferente não haveria de ser sustentado, inexistir impedimento para a fixação da pena-base no máximo previsto em lei, ou bem acima do seu mínimo, impondo-se o afastamento de fetichismos preconceituosos que, abstrata e genericamente, voltam-se contra essa possibilidade que é legal. Entendimento outro ao que se sustenta, "contrario sensu", imporia, também, que se voltasse contra a fixação da pena-base no mínimo previsto em lei, como se os parâmetros extremados, a representar suposto radicalismo de um lado e de outro, não refletissem, para um determinado caso concreto, medida de estrita obediência aos cânones constitucionais e legais, a aplicação da Justiça concreta, a necessidade e a suficiência para a reprovação e a prevenção do crime. É ainda **GUILHERME DE SOUZA NUCCI** quem menciona, sobre o tema, Doutrina alheia, menção feita na obra antes destacada, quando se tangencia a questão da possibilidade de aplicação da pena-base no máximo previsto em lei:

"Na doutrina, explica **Mariângela Gama de Magalhães Gomes** que 'o máximo abstrato de pena constitui, por sua vez, expressão da garantia da culpabilidade, posto ser a medida extrema do sacrifício que se pode impor ao autor do delito a fim de que corresponda às circunstâncias do caso concreto e sirva para que outros não sigam o exemplo negativo do delito; essa medida máxima representa o limite até o qual o ordenamento está disposto a assegurar a eficácia concreta da tutela penal, representando, conforme assinalado, a dialética entre necessidade de estabilização social e princípio de culpabilidade. (...) A tarefa do intérprete consiste em aplicar a sanção proporcionalmente ao ilícito cometido, considerando a valoração legislativa no sentido de cominar o mínimo aos casos que, adequando-se ao mesmo tipo penal abstrato, demonstrarem menor lesividade ao bem jurídico e cujos agentes apresentarem menor grau de culpabilidade, assim como impor o máximo aos casos em que evidenciarem maior gravidade na ação e maior culpabilidade do agente' (O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal, p. 164-165).".

E tudo isso, insisto, para os fins da necessidade e suficiência

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

para a reprovação e a prevenção do crime, haja vista que a reprovação do crime tem a ver com o castigo impingido ao réu enquanto a prevenção tem a ver com o exemplo que se dá à sociedade, valendo para fins dissuasórios.

As penas-base do réu foram exasperadas na Origem com o seguinte fundamento:

"[...]

Passo à dosimetria da pena, seguindo o critério trifásico imposto pelo art. 68 do Código Penal. Desse modo, a pena base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código (circunstâncias judiciais); em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes (art.65) e agravantes (arts.61 e 62); por último, as causas de diminuição e de aumento, entendidas estas últimas como sendo os fatores de acréscimo ou redução da pena, assinalados em quantidades fixas (dobro, metade etc) ou em limites (um a dois terços, etc), previstos na parte geral ou especial do Código Penal (cf Celso Delmanto, Código Penal Comentado, 4ª edição, Renovar, p.120).

Em atendimento ao artigo 59, o Juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime: as penas aplicáveis dentre as cominadas; a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

O réu mantém maus antecedentes, o de pags. 245/246, sendo que por isso já lhe aumento a pena em um sexto, passando-a agora para 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, mais 11 (onze) dias-multa.

[...]" (fls. 359/368).

É de se ver que as penas-base foram fixadas acima do mínimo legal, em face dos maus antecedentes criminais do réu, que ostenta condenação transitada em julgado (processo-crime n. 0016060-80.2008.8.26.0127 – crime de tráfico de drogas –, com trânsito em julgado para a defesa em 14 de outubro de 2011 – fls. 245/248), o que se mantém por estar devidamente fundamentado.

A propósito, não há que se falar em afastamento dos maus antecedentes na fixação das penas-base em razão do decurso do tempo.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Como é cediço, os antecedentes não são apagados após período depurador, pois o Código Penal adotou o chamado "sistema da perpetuidade". Confira-se o entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL a respeito:

"Direito penal. Embargos de declaração em recurso extraordinário. **Tema 150 da repercussão geral.** Embargos acolhidos apenas para fins de esclarecimento da tese.

1. Embargos de declaração opostos em face de acórdão do Plenário Virtual desta Corte, que fixou a tese de repercussão geral referente ao Tema 150, nos seguintes termos: "não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal".

2. A alegada omissão referente à existência de discricionariedade do juízo em utilizar ou não as condenações com período superior a cinco anos para o incremento da pena-base foi afirmada nos votos de todos os Ministros que formaram a maioria.

3. A possibilidade de reconhecer ou não como maus antecedentes condenações antigas ou desimportantes deriva dos institutos da individualização da pena e isonomia, bem como da necessidade de que a reprimenda seja suficiente e necessária para que o condenado não volte a delinquir. Tanto a consideração quanto a desconsideração dessas circunstâncias devem ser devidamente fundamentadas.

4. **Embargos de declaração acolhidos, tão somente para aclarar a tese do Tema 150 da repercussão geral, que passa a ser fixada nos seguintes termos: "Não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal, podendo o julgador, fundamentada e eventualmente, não promover qualquer incremento da pena-base em razão de condenações pretéritas, quando as considerar desimportantes ou demasiadamente distanciadas no tempo e, portanto, não necessárias à prevenção e repressão do crime, nos termos do comando do artigo 59 do Código Penal".**

(STF – RE 593.818 ED/SC – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Tribunal Pleno – j. em 25/04/2023 – DJe de 05/05/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECISÃO INDIVIDUAL DE MINISTRO DO STJ. SUBSTITUTIVO DE AGRAVO REGIMENTAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343, DE 2006. MAUS ANTECEDENTES. TEMA RG Nº 150. PRAZO DEPURADOR DE 5 ANOS (ART. 64, INC. I, DO CP): INAPLICABILIDADE. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA.

[...]

2. **O Supremo Tribunal Federal, apreciando o RE nº 593.818-RG/SC, Tema RG nº 150 do ementário da Repercussão Geral, fixou a seguinte tese: 'Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal'.**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

[...]

6. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STF – HC 211.324-AgR/SP – **Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA** – Segunda Turma – j. em 13/12/2022 – DJe de 09/01/2023);

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRÁFICO DE DROGAS. SUPOSTA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PERTINENTE E REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO DOS AUTOS (SÚMULA 279/STF). JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF).

[...]

4. **O STF, ao julgar o RE 593.818-RG – Tema 150, de minha relatoria, entendeu que 'não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal'.**

5. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, '[s]e as circunstâncias concretas do delito ou outros elementos probatórios revelam a dedicação do paciente a atividades criminosas, não tem lugar o redutor do §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006' (HC 123.042, Relª. Minª. Rosa Weber). Precedente.

[...]

7. Agravo a que se nega provimento."

(STF – RE 1.402.758-AgR/SP – **Rel. Min. ROBERTO BARROSO** – Primeira Turma – j. em 22/11/2022 – DJe de 23/11/2022);

"AGRAVO INTERNO EM HABEAS CORPUS. UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÃO EXTINTA HÁ MAIS DE 5 ANOS PARA CARACTERIZAR MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. TESE FIXADA EM REPERCUSSÃO GERAL (TEMA N. 150). HABEAS CORPUS INDEFERIDO.

1. **Esta Suprema Corte, na análise do Tema n. 150 da repercussão geral, fixou a tese de que 'não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal'.**

2. Agravo interno desprovido."

(STF – HC 209.193-AgR/DF – **Rel. Min. NUNES MARQUES** – Segunda Turma – j. em 14/03/2022 – DJe de 18/04/2022).

Na mesma linha está o entendimento do Superior Tribunal de

Justiça:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA POR VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. FUNDADAS RAZÕES DA SITUAÇÃO FLAGRANCIAL. CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. DOSIMETRIA.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTO IDÔNEO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. **MAUS ANTECEDENTES. ANÁLISE DAS CONDENAÇÕES ANTERIORES QUE NÃO ESTÁ LIMITADA AO PERÍODO DEPURADOR DE 5 ANOS.** AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

4. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que 'para a configuração dos maus antecedentes, a análise das condenações anteriores não está limitada ao período depurador quinquenal, previsto no art. 64, I, do CP, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do Sistema da Perpetuidade' (HC 430.172/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 7/3/2018).

5. Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no HC 750.611/SP – **Rel. Min. Joel Ilan Paciornik** – Quinta Turma – j. em 07/02/2023 – DJe de 14/2/2023);

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E PESSOAL REALIZADOS EM SEDE POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. INVALIDADE DA PROVA. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA. AUTORIA ESTABELECIDADA COM BASE EM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. ABSOLVIÇÃO. INVIÁVEL. DOSIMETRIA. PENA BASE. ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. INAPLICABILIDADE. QUANTUM DE AUMENTO DA PENA INTERMEDIÁRIA SUPERIOR A 1/6. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

5. O tempo transcorrido após o cumprimento ou extinção da pena não opera efeitos quanto à validade da condenação anterior, para fins de valoração negativa dos antecedentes, como circunstância judicial desfavorável. Isso porque o Código Penal adotou o sistema da perpetuidade, haja vista que o legislador não limitou temporalmente a configuração dos maus antecedentes ao período depurador quinquenal, ao contrário do que se verifica na reincidência (CP, art. 64, I), hipótese em que vigora o sistema da temporariedade. Não houve, pois, ilegalidade na valoração dos antecedentes na pena-base.

6. Não há qualquer ilegalidade em valorar condenação não alcançada pelo período depurador sob o título de antecedentes, porquanto, inclusive, mais favorável aos pacientes.

[...]

9. Agravo regimental parcialmente provido."

(STJ – AgRg no HC 668.427/SP – **Rel. Min. Ribeiro Dantas** – Quinta Turma – j. em 07/06/2022 – DJe de 14/06/2022).

Nesse sentido, **A. SILVA FRANCO** e **J. BELLOQUE** destacam que, mesmo em se admitindo a necessidade de trânsito em julgado

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

como essencial ao princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal e Súmula n. 444, do Superior Tribunal de Justiça):

"[...] constituíram maus antecedentes as condenações irrecorríveis depois do decurso de mais de cinco anos do cumprimento da pena e as condenações irrecorríveis posteriores à prática do segundo crime, mas referentes à conduta anterior, ambas não geradoras de reincidência."
(Código Penal e sua interpretação – Doutrina e Jurisprudência, 8ª edição, Revista dos Tribunais, 2007, p. 344 – grifou-se).

Trilha o mesmo entendimento **VICTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES:**

"Os arts. 63 e 64 do Código Penal especificam o alcance da reincidência em relação a condenações anteriores, exigindo: a) que o crime pelo qual o réu esteja sendo condenado tenha sido praticado após o trânsito em julgado da sentença que o condenou pelo crime anterior; b) que na data do novo crime não se tenham passado 5 anos desde a extinção da pena do delito anterior. Em suma, em havendo condenação anterior definitiva, mas ausente algum dos requisitos da reincidência, o réu será considerado portador de maus antecedentes. Configuram, portanto, maus antecedentes: a) condenações definitivas cuja pena tenha sido extinta há mais de 5 anos em relação ao cometimento do novo delito; b) condenações definitivas transitadas em julgado após a prática do novo crime, porém, antes da sentença; e c) condenações anteriores por contravenção penal quando o agente vem a cometer posteriormente um crime, na medida em que esta hipótese não é abrangida pelo conceito de reincidência do art. 63 do Código Penal."
(Curso de Direito Penal, Parte Geral, Saraiva, 2015).

Sendo assim, mantenho as penas-base em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, no piso, para cada um dos crimes.

Na segunda fase, o Juízo "a quo" reconheceu a circunstância agravante da reincidência (processo-crime n. 0005787-88.2013.8.26.0152 – crime de tráfico – trânsito em julgado para a defesa em 18/12/2013, fls. 246).

Não há que se falar da não recepção do art. 61, I, do Código

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Penal pela Carta Magna.

A aplicação da reincidência como agravante da pena em processos criminais (art. 61, I, do Código Penal) foi declarada constitucional, em Repercussão Geral, por unanimidade, pelo Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO 453.000 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE.(S): VOLNEI DA SILVA LEAL

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

RECDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AGRAVANTE – REINCIDÊNCIA – CONSTITUCIONALIDADE – Surge harmônico com a Constituição Federal o inciso I, do artigo 61, do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência.

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Na interposição deste extraordinário, atendeu-se aos pressupostos de recorribilidade. A peça, subscrita por defensora pública, foi protocolada no prazo em dobro a que tem jus a Defensoria Pública. Ao prover o agravo que resultou, mediante conversão, no extraordinário, fiz ver (folha 73):

(...)

1. O tema de fundo, devidamente prequestionado sob o ângulo da Constituição Federal, está a merecer reflexão. Articula-se com o princípio da individualização da pena e com a impossibilidade de alguém, transitado em julgado certo decreto condenatório, vir a sofrer consequências outras que não a retratada no título penal.

(...)

De início, é dado constatar envolver a situação concreta destes autos a agravante do artigo 61, inciso I, do Código Penal:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

(...)

A definição de reincidência está no próprio Código Penal:

Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

O artigo 64 do mencionado Código prevê a exclusão do instituto quando, entre a data do cumprimento ou da extinção da pena relativa a condenação anterior e a data da infração posterior, haja decorrido tempo superior a cinco anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

não se considerando, para tal efeito – o de ter-se o apenado como reincidente –, os crimes militares próprios e os políticos.

Múltiplas são as repercussões legais da reincidência, não estando, portanto, restrita à problemática do agravamento da pena. Logicamente, uma vez assentada a inconstitucionalidade, haverá, por coerência, o afastamento também das demais implicações. Assim é que, no tocante ao regime intermediário de cumprimento da pena, ou seja, o semiaberto, em face do balizamento de quatro a oito anos, não se pode favorecer o reincidente. O regime aberto também fica excluído, presente pena igual ou inferior a quatro anos, se notada a figura legal – alíneas “b” e “c” do §2º do artigo 33 do Código Penal.

Mais uma vez, no artigo 44, a versar as penas restritivas de direitos, vê-se a impossibilidade da substituição da privativa de liberdade quando o réu for reincidente – inciso II. O instituto também repercute no tocante à substituição da pena privativa de liberdade pela de multa – §2º do artigo 60. Consoante se depreende do disposto no artigo 67, a reincidência é levada em conta, novamente, para deslinde do concurso de agravantes e atenuantes.

Segue-se a disciplina do *sursis*. Consta do inciso I do artigo 77 do Código Penal que a reincidência o obstaculiza. A reincidência volta a repercutir para efeito de lapso temporal relativamente ao livramento condicional – artigo 83, incisos I e II, do mesmo diploma – bem como à prescrição depois de transitada em julgado a sentença considerado o disposto no artigo 110, ganhando o fenômeno repercussão maior no que ocasiona a interrupção da prescrição – inciso VI do artigo 117. Configura também causa de revogação do *sursis* e do livramento condicional, impedindo, em alguns casos, a diminuição da pena, a reabilitação e a prestação de fiança – artigos 155, §2º, 170, 171, §1º, e 95 do Código Penal e 323, inciso III, do Código de Processo Penal. E, mais, segundo os artigos 76, §2º, inciso I, e 89 da Lei nº 9.099/95 – a Lei dos Juizados Especiais –, a reincidência impede a transação e afasta a suspensão condicional do processo.

Cito essas diversas disciplinas para retratar o sistema penal pátrio, devendo ficar consignado que a reincidência como agravante vem do Código Penal do Império – Lei de 16 de dezembro de 1830, artigo 16, 3º. Descabe dizer que há regência a contrariar a individualização da pena. Ao reverso, leva-se em conta, justamente, o perfil do condenado, o fato de haver claudicado novamente, distinguindo-o daqueles que cometem a primeira infração penal, como se faz, já agora sob o ângulo da atenuante, a circunstância de ter menos de vinte e um anos de idade ou mais de setenta ou de desconhecer a lei – artigo 65 do Código Penal.

A reincidência, integrando o sistema penal pátrio como um todo, é mais uma vez versada na Lei de Entorpecentes, na Lei nº 11.343/2006. Confirmam com o preceito do §4º do artigo 33 dela constante no que jungida a causa de diminuição da pena ao fato de estar envolvido agente primário, aludindo-se também ao detentor de bons antecedentes. Logo, se a primariedade pressupõe a ausência de crime anterior, a existência de decisão condenatória transitada em julgado, a menção presente no preceito, remete necessariamente à reincidência.

Do mesmo modo é considerada no cômputo do requisito objetivo para a progressão de regime dos condenados por crime hediondo, exigindo-se o implemento de dois quintos da pena, se primário o agente, e de três quintos, se reincidente – redação dada pela Lei nº 11.494, de 2007. Impede o livramento condicional, após cumprido

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

mais de dois terços da pena, aos condenados reincidentes por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, conforme alteração conferida pela Lei nº 8.072, de 1990, ao inciso V do artigo 83 do Código Penal. Também figura como circunstância integrante do tipo da contravenção penal prevista no artigo 25 do Decreto nº 3.688, de 1941. Influi na revogação da suspensão condicional do processo, do livramento condicional e da reabilitação, nos termos dos artigos 81, inciso I e §1º, 86, 87 e 95 do Código Penal.

Vê-se que a reincidência repercute em diversos institutos penais, compondo consagrado sistema de política criminal de combate à delinquência. Serão todas essas normas inconstitucionais? Sim, a glosa da reincidência como agravante alcançará, por coerência, os demais preceitos, ante a harmonia própria à aplicação e interpretação do Direito.

Se assim o é quanto às diversas previsões, de forma diferente não acontece no tocante ao agravamento da pena. Afastem a possibilidade de cogitar de duplicidade. Logicamente, quando da condenação anterior, o instituto não foi considerado. Deve sê-lo na que se segue, em razão do fato de haver ocorrido, sem o interregno referido no artigo 64 do Código Penal – cinco anos –, uma outra prática delituosa. Então, não se aumenta a pena constante do título pretérito, mas, presentes o piso e o teto versados relativamente ao novo crime, majora-se, na segunda fase da dosimetria da pena, no campo da agravante, a básica fixada. Afinal, o julgador há de ter em vista parâmetros para estabelecer a pena adequada ao caso concreto, individualizando-a, e, nesse contexto, surge a reincidência, o fato de o acusado haver cometido, em que pese a glosa anterior, novo desvio de conduta na vida em sociedade.

Está-se diante de fator de discriminação que se mostra razoável, seguindo a ordem natural das coisas. Repito que se leva em conta o perfil do réu, percebendo-se a necessidade de maior apenação, consideradas a pena mínima e a máxima do tipo, porque voltou a delinquir apesar da condenação havida, no que esta deveria ser tomada como um alerta, uma advertência maior quanto à necessidade de adoção de postura própria ao homem médio, ao cidadão integrado à vida gregária e solidário aos semelhantes.

Não é sem motivo que os tipos penais, sob o ângulo da pena privativa da liberdade, remetem a balizamento temporal, ou seja, preveem um mínimo e um máximo de apenação, somente alijados se verificada causa de diminuição ou de aumento da pena, como decidiu este Plenário no Recurso Extraordinário nº 597.270-4/RS, relator ministro Cezar Peluso. Evidentemente, a definição da reprimenda adequada ocorre em face das peculiaridades do caso, despontando o perfil do agente, inclusive se voltou, por isto ou por aquilo, não importa, a claudicar. Ao contrário do que assevera o recorrente, o instituto constitucional da individualização da pena respalda a consideração da singularidade, da reincidência, evitando a colocação de situações desiguais na mesma vala – a do recalcitrante e a do agente episódico, que assim o é ao menos ao tempo da prática criminosa.

Saliento, então, a inviabilidade de dar-se o mesmo peso, em termos de gravame de ato de constrição a alcançar a liberdade de ir e vir, presentes os interesses da sociedade, a caso concreto em que envolvido réu primário e a outro em que o Estado se defronta com quem fora condenado antes e voltou a trilhar o caminho glosado

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

penalmente, deixando de abraçar a almejada correção de rumos, de alcançar a ressocialização.

O tema ainda suscita amplo debate doutrinário, no qual a questão mostra-se polarizada entre a corrente que sustenta a inconstitucionalidade do agravamento da pena pela reincidência, frente ao modelo estatal garantista, representada por Alberto Silva Franco, Eugenio Raul Zaffaroni, José Henrique Pierangeli, René Ariel Dotti, Cirino dos Santos, e aquela que afirma a adequação do instituto à Constituição Federal, porquanto atende ao princípio da individualização da pena, defendida por Reale Júnior, Guilherme de Souza Nucci, Ivanir Nogueira Itajiba e Celso Delmanto. Embora reconheça a importância acadêmica da discussão, é certo que a jurisprudência do Supremo tem revelado óptica semelhante à da segunda, conforme se extrai dos seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. PENAL. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA.

A pena agravada pela reincidência não configura *bis in idem*. O recrudescimento da pena imposta ao paciente resulta de sua opção por continuar a delinquir.

Ordem denegada. (Segunda Turma, *Habeas Corpus* nº 91.688/RS, relator Ministro Eros Grau, Diário da Justiça eletrônico de 26 de outubro de 2007.)

"*Habeas corpus*". - A pena agravada em função da reincidência não representa "*bis in idem*". - A presunção de inocência não impede que a existência de inquéritos policiais e de processos penais possam ser levados à conta de maus antecedentes. "*Habeas corpus*" indeferido. (Primeira Turma, *Habeas Corpus* nº 73.394/SP, relator Ministro Moreira Alves, Diário da Justiça de 21 de março de 1997.)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REINCIDÊNCIA. AGRAVAMENTO DA PENA PELO TRIBUNAL A QUO. I. - Reconhecida a reincidência, à vista da certidão de antecedentes criminais constante dos autos, o Tribunal *a quo*, dando provimento ao recurso de apelação do Ministério Público, agravou corretamente a pena aplicada pelo juízo de primeiro grau. II. - H.C. indeferido. (Segunda Turma, *Habeas Corpus* nº 74.746/SP, relator Ministro Carlos Velloso, Diário da Justiça de 11 de abril de 1997.)

O momento é de apreensão social no que o Tribunal, nos últimos tempos, tem fulminado institutos relativos a crime de inexcusável malefício, como é o tráfico de drogas. Refiro-me à declaração de inconstitucionalidade da proibição de liberdade provisória – *Habeas Corpus* nº 104.339, relatado pelo ministro Gilmar Mendes, acórdão publicado em 6 de dezembro de 2012 –, da cláusula que impunha a obrigatoriedade do início do cumprimento da pena em regime fechado – *Habeas Corpus* nº 111.840/ES, relatado pelo ministro Dias Toffoli, julgado em 27 de junho de 2012 – e da vedadora da substituição da pena restritiva da liberdade pela de direitos – *Habeas Corpus* nº 97.256/RS, relatado pelo ministro Ayres Britto, acórdão publicado em 16 de dezembro de 2010. Nas três matérias, mesmo tomado como progressista, como garantidor e, até mesmo, como libertário – e, na verdade, sou simplesmente um Juiz a atuar de forma vinculada à ciência e consciência possuídas –, fiquei vencido.

Estamos a vivenciar um período de desmonte do sistema criminal normativo em que pese o aumento sem igual da prática criminosa?

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Sinceramente, não creio, ante o fato de o Supremo, na dicção do ministro Néri da Silveira, ser um Tribunal comprometido com a preservação de princípios, de valores maiores da vida gregária, com os interesses protegidos dos cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil.

Por tudo, surge constitucional o instituto – existente desde a época do Império – da reincidência, não se podendo, a partir de exacerbação do chamado garantismo penal, olvidar o sistema, desmantelando-o no ponto consagrador da cabível distinção, tratando-se desiguais de forma igual. A regência da matéria, harmônica com a Constituição Federal, circunscreve-se a oportuna, sadia, razoável e proporcional política normativa criminal e envolve, em rápida contagem, mais de vinte institutos penais, conforme referido.

Com a palavra, está a sempre ilustrada maioria. De minha parte, desprovejo o recurso, assentando a constitucionalidade do inciso I do artigo 61 do Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848/1940."

(STF – RE 453.000-RG/RS – **Rel. Min. MARCO AURÉLIO** – Tribunal Pleno – j. em 04/04/2013 – DJe de 03/10/2013).

Conveniente ressaltar que inexistente "bis in idem" ou violação à Súmula n. 241, do STJ, porque a circunstância agravante se fez reconhecer com base em processo-crime distinto daquele que serviu para o reconhecimento dos maus antecedentes criminais. Neste sentido, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já reconheceu a ausência de violação do princípio do "non bis in idem", quanto à fixação da pena, quando para os fins do art. 59, "caput", do Código Penal, usam-se processos-crime distintos daquele ou daqueles que, na segunda fase da dosimetria da pena, são usados para os fins do reconhecimento da circunstância agravante da reincidência. Aqueles forjam o conceito de maus antecedentes criminais, estes, o da reincidência:

"AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. *WRIT* UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE EVIDENTE OU TERATOLOGIA. INSTRUÇÃO PROCESSUAL DEFICITÁRIA. INVIABILIDADE DA ANÁLISE DE MÉRITO DA IMPETRAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. DOSIMETRIA DA PENA. REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. **ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DO NON BIS IN IDEM POR MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. INOCORRÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS.**

1. No caso concreto, por contrariar frontalmente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o habeas corpus não merece conhecimento, na medida em que funciona como sucedâneo de

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

revisão criminal. Precedentes. 2. Não há ilegalidade evidente ou teratologia a justificar a excepcionalíssima concessão da ordem de ofício. 3. A instrução processual deficitária inviabiliza a análise do constrangimento ilegal invocado e a concessão da ordem pleiteada. Precedentes. 4. No caso concreto, o agravante deixou de instruir o feito com a folha de antecedentes criminais mencionada na sentença e no acórdão condenatórios, o que impossibilita o exame da pretensão deduzida no habeas corpus. 5. Não se reveste de verossimilhança a tese de que o recorrente teria sido absolvido da imputação que ensejou a reincidência em sentença, haja vista que, do que se extrai dos documentos constantes dos autos, as instâncias ordinárias o consideraram reincidente em razão de condenação transitada em julgado havida em ação penal diversa. **6. Depreende-se dos documentos que instruem o presente writ que as instâncias ordinárias utilizaram condenações distintas para majorar a pena base em razão dos maus antecedentes, bem como para agravar a pena pela reincidência, o que afasta a tese de ofensa ao princípio do non bis in idem.** 7. Agravo regimental desprovido."

(STF – HC 215.998-AgR/SP – **Rel. Min. EDSON FACHIN** – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe 03/03/2023);

"Processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Tráfico de drogas. Condenação transitada em julgado. Supressão de instância. Alegação de cerceamento de defesa. Negativa de autoria. Dosimetria da pena. Regime inicial. Ausência de ilegalidade flagrante ou abuso de poder. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.
[...]

6. O STF tem orientação no sentido de que é “lícito ao juiz, havendo duas condenações com trânsito em julgado, considerar uma delas como maus antecedentes e a outra como agravante genérica do art. 61, I, do CP (reincidência), sem que isso implique bis in idem” (RHC 126.336, Rel. Min. Teori Zavascki). Ainda nesse sentido: HC 140.868, Rel. Min. Marco Aurélio. 7. A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea (Súmula 719/STF). Mas o fato é que, na presente hipótese, a imposição do regime fechado encontra respaldo em dados empíricos idôneos, extraídos da prova judicialmente colhida, notadamente em razão da reincidência e maus antecedentes. 8. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF – HC 202.516-AgR/SP – **Rel. Min. ROBERTO BARROSO** – Primeira Turma – j. em 23/08/2021 – DJe 30/08/2021);

"Recurso ordinário em habeas corpus.

2. Exasperação da pena-base. Não ocorrência. Adequação formalizada pelo Superior Tribunal de Justiça.

3. Maus antecedentes. Reincidência. Inexistência de violação ao princípio do non bis in idem. Condenações diversas.

4. Prescrição. Não ocorrência.

5. Recurso ordinário ao qual se nega provimento."

(STF – RHC 92.611/RJ – **Rel. Min. GILMAR MENDES** – Segunda Turma – j. em 16/04/2013 – DJe 02/05/2013);

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. ROUBO. 1. INDICAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE. 2. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA EM CONCURSO COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PRECEDENTES. 3. DISTINÇÃO DAS CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO UTILIZADAS COMO MAUS ANTECEDENTES E COMO AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM AFASTADA. 4. INEXISTÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA.

[...]

4. Possibilidade de se adotar condenações com trânsito em julgado por crimes distintos para a fixação da pena-base e para a agravante da reincidência em segunda instância. Inexistência de bis in idem. Precedentes.

5. A Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul não inovou ao apreciar a dosimetria da pena na sentença condenatória; analisou seus fundamentos para mantê-la. Não há reformatio in pejus.

6. Recurso ao qual se nega provimento."

(STF – RHC 115.994/DF – **Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA** – Segunda Turma – j. em 02/04/2013 – DJe 17/04/2013);

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. Furto simples. **Reincidência. Bis in idem. Não ocorrência. Diversidade de condenações definitivas.** Majoração justificada e dentro dos limites discricionários do juiz. Concurso da agravante da reincidência e da atenuante da confissão espontânea. Pretensão à compensação. Inviabilidade. Ordem denegada. Recurso não provido.

1. Ao fixar a pena-base acima do mínimo legal, o magistrado sentenciante levou em conta os maus antecedentes ostentados pelo réu e, na etapa seguinte, majorou a pena em virtude da reincidência, considerando a existência de mais de uma condenação definitiva. Não há falar em dupla valoração do mesmo fato, portanto.

2. Nos termos do art. 67 do Código Penal, no concurso de atenuantes e agravantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. No caso em exame, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada. Precedentes.

3. Recurso não provido."

(STF – RHC 110.727/DF – **Rel. Min. DIAS TOFFOLI** – Primeira Turma – j. em 17/04/2012 – DJe 10/05/2012);

"PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES DE ROUBO. REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E CAUSA AGRAVANTE GENÉRICA OBRIGATÓRIA. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

I - As circunstâncias judiciais são colhidas dos elementos fáticos trazidos pelo processo para a fixação da pena-base, sobre a qual são aplicadas as agravantes e atenuantes e, após, as causas de aumento e diminuição.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

II - O aumento da pena, em função da reincidência, expressamente prevista no art. 61, I, do Código Penal, não constitui 'bis in idem' quando não utilizada como circunstância judicial para a fixação da pena-base.

III - Ordem denegada".

(STF – HC 94.846/RS – Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – Primeira Turma – j. em 07/10/2008 – DJe 24/10/2008).

Não bastasse, segundo a orientação do Superior Tribunal de Justiça, a existência de uma única sentença condenatória transitada em julgado não pode ser valorada concomitantemente como maus antecedentes, na primeira fase da dosimetria, e como reincidência, na etapa seguinte, sob pena de indevido "bis in idem", a teor do disposto na Súmula n. 241:

"A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial".

Entretanto, ostentando o réu mais de uma condenação definitiva anterior, pode o Magistrado utilizar-se de uma ou mais como antecedentes criminais e as demais, diferentes daquelas, como ensejadores do reconhecimento da circunstância agravante da reincidência, por se tratar de valoração de fatos distintos, conforme a orientação do próprio Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, "in casu", não há falar em "bis in idem" na fixação da pena ou violação à sobredita Súmula, pois conforme já consignado, tem-se o registro de mais de uma sentença condenatória transitada em julgado. Assim, na hipótese de o agente ostentar mais de uma sentença condenatória transitada em julgado, insisto, não há ilegalidade na utilização de uma delas na fixação da pena-base e de outra no reconhecimento da circunstância agravante da reincidência, o que ocorre na espécie.

A Doutrina não é diferente do entendimento jurisprudencial (nem poderia ser, pois se trata de normal inteligência interpretativa).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

LUIZ FLÁVIO GOMES e ALICE BIANCHINI, sobre o tema,
ensinam que:

"Pluralidade de condenações pretéritas: se o agente conta com várias condenações pretéritas, que vão além do lapso de cinco anos, cabe ao juiz levá-las em consideração como fatores de determinação da personalidade do agente. Uma delas vale como antecedentes; as outras devem ser levadas em conta como reveladoras da personalidade do agente. Se o agente conta com várias condenações que não tenham ultrapassado o lapso de cinco anos: uma vale para o efeito da reincidência; a outra (ou outras) vale (m) para o efeito dos antecedentes criminais.

Ne bis in idem: havendo uma só condenação pretérita, que ainda se encontra dentro do lapso de cinco anos contados da extinção da pena, cabe ao juiz levá-la em consideração exclusivamente para o efeito da reincidência. Nesse caso, não pode jamais a mesma condenação também servir de base para o reconhecimento de antecedentes criminais. Um mesmo fato (uma mesma condenação) não pode ser valorado duas vezes (contra o réu). Está proibido o *bis in idem* (veja Súmula 241 do STJ)."

(**Curso de Direito Penal**, Parte Geral, arts. 1º a 120, VOLUME. I, atualizado até março de 2015, Editora Jus, PODIVM, 2015).

Pela mesma senda é o escólio de **GUILHERME DE SOUZA**

NUCCI:

"Inexiste, ainda, dupla punição pelo mesmo fato, quando o magistrado considera em diferentes etapas, sustentado por diversos delitos, os antecedentes e a reincidência. Há possibilidade de o agente ser somente reincidente – cometer novo delito, após condenação anterior, com trânsito em julgado, por crime – ou ser reincidente e possuir maus antecedentes – cometer novo crime, depois de ter sido condenado por delito anterior –, além de ostentar outras condenações com trânsito em julgado."

(**Princípios Constitucionais e Processuais Penais**, 4ª edição revista, atualizada e ampliada, Gen Editora Forense, 2015).

O próprio autor acima nominado, Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, é quem, em outra de suas obras, também sustenta:

"Maus antecedentes: pode o juiz levar em consideração ambos os elementos, desde que não tenham como base as mesmas condenações. Neste contexto, saliente-se o disposto na Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça: 'A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente,

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

como circunstância judicial?. Assim, caso alguns processos signifiquem *maus antecedentes*, outros podem levar ao reconhecimento da reincidência."

(**Código Penal Comentado**, 15ª edição revista, atualizada e ampliada, Gen Editora Forense, 2015).

E ainda, em uma terceira obra, o mesmo autor pontifica:

"Por outro lado, o juiz, ao aplicar a agravante da reincidência, necessita verificar, com atenção, qual é o antecedente criminal que está levando em consideração para tanto, a fim de não se valer do mesmo como circunstância judicial, prevista no art. 59 (*maus antecedentes*). Nessa ótica está a Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça: ?A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial?.

Entretanto, nada obstaculiza a elevação da pena-base porque o réu possui *maus antecedentes* e, depois, novamente, por conta da reincidência, como agravante, se há condenações *distintas* em número suficiente para tal procedimento.

Exemplificando: se o agente pratica um roubo depois de já ter sido condenado definitivamente por três outros delitos patrimoniais, podendo ou não ter cumprido a pena. Ora, nada impede que o juiz o considere reincidente por conta de um deles e pondere os outros dois como antecedentes negativos. Se assim não fizer, levando em conta somente a reincidência, poderá haver injustiça na individualização da pena, pois outro réu, que possui apenas uma condenação por crime anterior, é identicamente reincidente. O primeiro tem três antecedentes; o segundo, apenas um. Ambos não podem ser equiparados como reincidentes, com igual elevação da pena. É razoável que haja consideração separada para o que ostenta mais de uma condenação no seu passado. Outros sistemas legislativos adotam critério diferenciado para a ponderação da reincidência na fixação da pena, determinando aumentos maiores para quem possui mais de uma condenação pretérita e torna a cometer outra infração penal. No Brasil, pode-se suprir a deficiência legal no contexto da reincidência conforme o prudente critério do magistrado ao levar em consideração tanto a circunstância legal da reincidência quanto a circunstância judicial dos *maus antecedentes*."

(**Individualização da Pena**, 6ª Edição revista, atualizada e ampliada, Gen Editora Forense, 2014).

Igualmente, **ANDRÉ ESTEFAM**:

"O agente não pode ter, por força de uma única condenação anterior com trânsito em julgado, reconhecida em seu desfavor a agravante da reincidência e os *maus antecedentes* (na condição de circunstância judicial desfavorável), sob pena de se realizar um inaceitável *bis in idem*. Nesse sentido a Súmula 241 do STJ: ?A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial?. Tal

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

fenômeno, isto é, o reconhecimento da reincidência e dos maus antecedentes em desfavor do mesmo réu, requer a existência no processo de uma certidão criminal demonstrando condenação anterior definitiva por outro crime e de *outras* certidões anotando antecedentes criminais."

(Direito Penal, 1, Parte Geral, (arts. 1º a 120), 3ª edição, Editora Saraiva, 2013).

Segue o mesmo entendimento **VICTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES**:

"Igualmente, o reconhecimento da agravante da reincidência impede que a mesma condenação anterior seja utilizada para aumentar a pena-base na condição de "maus antecedentes" (circunstância judicial do art. 59 do CP). A esse respeito existe, inclusive, a Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça: "a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial". Referida vedação obviamente não existe quando o acusado ostenta mais de uma condenação anterior definitiva e o juiz utiliza uma delas para reconhecer a reincidência e a outra como maus antecedentes. Nessa situação, não há *bis in idem* porque cada agravação da pena baseou-se em condenação anterior diversa."

(Curso de Direito Penal, Parte Geral, Saraiva, 2015).

Ainda nesta etapa, o Juízo "a quo" reconheceu a circunstância atenuante da confissão espontânea para o sentenciado, uma vez que *"embora o réu não tenha confessado a autoria direta ou imediata do delito, confessou a participação, do que avalio que se trata de confissão judicial"*. Aqui, entendo que não era o caso de reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea, pois o réu em nenhum momento confessou a sua participação no crime em tela. Não mesmo! O réu "apenas" disse, em Juízo, que era usuário de drogas e que utilizava a motocicleta apreendida que era de propriedade da sua mãe. Em diversas oportunidades em que estava na "biqueira" emprestava o veículo para terceiros. Foi preso em razão da motocicleta e não tinha ciência de que ela era usada em crimes. Recebeu o aparelho celular de alguns "indivíduos" e utilizou o bem móvel (fls. 295/296 e 348/349 – mídias audiovisuais). Como se vê, o réu nada disse sobre os crimes narrados na denúncia. Aliás, não confessou crime algum! Contudo, concorde o "Parquet", a circunstância atenuante permanece imutável. Não bastasse, a

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Origem compensou integralmente a circunstância agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Fê-lo mal. Isso porque, a circunstância agravante da reincidência deve preponderar sobre a circunstância atenuante da confissão espontânea, em estrita observância ao disposto no art. 67, do Código Penal. Aliás, conforme o entendimento de ambas as Turmas do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"HABEAS CORPUS - RECURSO ESPECIAL - AGRAVO - NÃO CONHECIMENTO - ADEQUAÇÃO. O não conhecimento de agravo interposto com o fim de imprimir trânsito a recurso especial, não é óbice ao exame do habeas. HABEAS CORPUS - INSTÂNCIA - SUPRESSÃO. Revelando o habeas corpus parte única - o paciente, personificado pelo impetrante -, o instituto da supressão de instância há de ser tomado, no que visa beneficiá-la, com as cautelas próprias. CRIME - CONFIGURAÇÃO. Constando do título condenatório a conclusão sobre a ocorrência do delito e a comprovação da autoria, imprópria é a absolvição. **PENA - ATENUANTES E AGRAVANTES - PREDOMINÂNCIA. A teor do disposto no artigo 67 do Código Penal, no concurso de atenuantes e agravantes, preponderam os motivos determinantes do crime, a personalidade do agente e a reincidência.** PENA - CUMPRIMENTO - REGIME. O regime de cumprimento da pena é definido ante o patamar alusivo à condenação e as circunstâncias judiciais - artigo 33, parágrafos 2º e 3º, do Código Penal. (HC 174158, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 11/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-155 DIVULG 19-06-2020 PUBLIC 22-06-2020)" (STF – HC 174.158/SP – **Rel. Min. MARCO AURÉLIO** – Primeira Turma – j. em 11/05/2020 – DJe de 22/06/2020);

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. **COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE**

1. O acórdão impugnado está em conformidade com a jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, a teor do art. 67 do Código Penal, **a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada**' (RH C 110.727, Rel. Min. Dias Toffoli).

2. Habeas Corpus extinto sem resolução de mérito por inadequação da via processual."

(STF – HC 105.543/MS – **Rel. Min. ROBERTO BARROSO** – Primeira Turma – j. em 26.05.2014 – DJe de 27/05/2014);

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA NO CASO. CONTUMÁCIA DELITIVA. REPROVABILIDADE DA CONDUTA. DOSIMETRIA. **CONCURSO ENTRE ATENUANTE E AGRAVANTE. ART. 67 DO CP. PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA SOBRE**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NO TRIBUNAL LOCAL NEM NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DUPLA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO.

[...]

5. A teor do disposto no art. 67 do Código Penal, a circunstância agravante da reincidência, como preponderante, prevalece sobre a confissão. Precedentes.

[...]

7. Recurso ordinário parcialmente conhecido e improvido."

(STF – RHC 118.107/MG – **Rel. Min. TEORI ZAVASCKI** – Segunda Turma – j. em 29/05/2014 – DJe de 30/05/2014);

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. DELITO DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORA. RECONHECIMENTO DA OCORRÊNCIA DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA CONTROVERTIDA. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. **CONCURSO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO.** RECURSO NÃO PROVIDO.

I – No caso concreto, para se chegar à conclusão pela existência da confissão espontânea, faz-se necessário o incurso no acervo fático-probatório, o que é incabível na estreita via eleita.

II – Nos termos do art. 67 do Código Penal, no concurso de atenuantes e agravantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. **No caso sob exame, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada.** Precedentes.

III – Recurso ordinário ao qual se nega provimento."

(STF – RHC 120.677/SP – **Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI** – Segunda Turma – j. em 01/04/2014 – DJe de 02/04/2014);

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. ROUBO. 1. INDICAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE. 2. **PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA EM CONCURSO COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PRECEDENTES.** 3. DISTINÇÃO DAS CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO UTILIZADAS COMO MAUS ANTECEDENTES E COMO AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM AFASTADA. 4. INEXISTÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA.

[...]

2. A reincidência é circunstância agravante que prepondera sobre as atenuantes, com exceção daquelas que resultam dos motivos determinantes do crime ou da personalidade do agente, o que não é o caso da confissão espontânea. Precedentes.

[...]

6. Recurso ao qual se nega provimento."

(STF – RHC 115.994/DF – **Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA** – Segunda

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Turma – j. em 02/04/2013 – DJe de 17/04/2013).

E, ainda, conforme recentes decisões monocráticas proferidas pelos Ministros da SUPREMA CORTE:

"[...]

É o relatório. Decido. A irresignação não merece prosperar. **A pretensão da parte recorrente, que busca a integral compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão, não encontra guarida na jurisprudência deste Tribunal, que considera aquela preponderante sobre esta.**

Confirmam-se, a esse respeito, os seguintes julgados, oriundos de ambas as Turmas desta Corte: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – PREQUESTIONAMENTO – INADEQUAÇÃO. É impróprio transportar para a recorribilidade ordinária pressuposto de recurso de natureza extraordinária, o prequestionamento. PENA – DOSIMETRIA – REINCIDÊNCIA – PREPONDERÂNCIA. **A agravante reincidência prevalece sobre a confissão – artigo 67 do Código Penal.** PENA – DOSIMETRIA – SOBREPOSIÇÃO – INEXISTÊNCIA. Cabe levar em conta a prática de violência doméstica contra mulher como agravante e para impedir a imposição isolada de multa, inexistindo sobreposição – artigos 61, inciso II, alínea “f”, do Código Penal e 17 da Lei nº 11.340/2006. (RHC 172842, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 17/02/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-036 DIVULG 25-02-2021 PUBLIC 26-02-2021) Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. DELITO DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. RECONHECIMENTO DA OCORRÊNCIA DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA CONTROVERTIDA. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. CONCURSO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO. I – No caso concreto, para se chegar à conclusão pela existência da confissão espontânea, faz-se necessário o incurso no acervo fático- probatório, o que é incabível na estreita via eleita. **II – Nos termos do art. 67 do Código Penal, no concurso de atenuantes e agravantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. No caso sob exame, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada. Precedentes.** III – Recurso ordinário ao qual se nega provimento. (RHC 120677, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 18/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 01-04-2014 PUBLIC 02-04-2014) Habeas Corpus. **2. Concurso de agravantes e atenuantes. Preponderância da reincidência sobre a confissão espontânea. Art. 67 do CP. Constrangimento ilegal não caracterizado. 3 Ordem denegada.** (HC 106172, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 22/02/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-046 DIVULG 10-03-2011 PUBLIC 11-03-2011 RTJ VOL-00236-01 PP-00100) Ementa: Habeas Corpus substitutivo de recurso ordinário. Roubo

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

circunstanciado. Compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Impossibilidade 1. O acórdão impugnado está em conformidade com a jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, a teor do art. 67 do Código Penal, “a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada” (RHC 110.727, Rel. Min. Dias Toffoli). 2. Habeas Corpus extinto sem resolução de mérito por inadequação da via processual. (HC 105543, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 29/04/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 26-05-2014 PUBLIC 27-05-2014) Por fim, quanto à magnitude do acréscimo de pena promovido em razão do cotejo entre as circunstâncias agravante e atenuante, observo que “[a] dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial, à míngua de previsão, no Código Penal, de rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena”, de modo que não existe constrangimento ilegal sanável via habeas corpus se a exasperação for “estabelecida dentro da margem de discricionariedade permitida ao julgador e cuja resultante não teve desfecho flagrantemente desproporcional” (HC 218217 AgR, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 20.9.2022), como ocorreu no presente caso, em que, dado o elevado número de condenações definitivas, mesmo diante da confissão, optou-se pelo aumento da pena em 1/3 (um terço).

Impõe-se, portanto, a manutenção da decisão ora recorrida por seus próprios fundamentos. Ante o exposto, nos termos dos arts. 192 e 312 do RISTF, nego provimento ao recurso ordinário em habeas corpus."

(STF – RHC 211.798/SP – Rel. Min. EDSON FACHIN – j. em 22/02/2023 – DJe de 24/02/2023);

"[...]

Por fim, esta CORTE já decidiu, reiteradas vezes, que a circunstância agravante da reincidência, como preponderante, prevalece sobre a atenuante da confissão (art. 67 do Código Penal). Precedentes: RHC 135819, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 13/6/2018; RHC 110727, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 10/5/2012; HC 105.543, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 27/5/2014; RHC 120.677, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 2/4/2014; HC 112.830, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 18/6/2012; HC 108.138, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 14/12/2011). Em conclusão, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

Diante do exposto, com base no art. 21, §1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, INDEFIRO a ordem de HABEAS CORPUS."

(STF – HC 222.186/SP – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – j. em 11/11/2022 – DJe de 14/11/2022);

"HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO MAJORADO. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. **CONCURSO DE CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES:**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL. PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA SOBRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CAUSAS DE AUMENTO. EXASPERAÇÃO DA PENA. PATAMAR DE 3/8. CIRCUNSTÂNCIAS DA PRÁTICA DELITIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA. HABEAS CORPUS AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

[...]

15. Na espécie vertente, descabe cogitar-se de ilegalidade manifesta ou flagrante teratologia, pois a jurisprudência consolidada deste Supremo Tribunal firmou-se no sentido de que a agravante de reincidência prepondera sobre a atenuante de confissão espontânea. O entendimento do Supremo Tribunal Federal não restringe a preponderância ao caso de ser reincidência específica ou reincidência múltipla. Confirmam-se os julgados: “AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA ATENUANTE DA CONFISSÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. PACIENTE MULTIRREINCIDENTE. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA NO ATO APONTADO COMO COATOR. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. REAVALIAÇÃO DOS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO DO MAGISTRADO SENTENCIANTE. VIA INADEQUADA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO” (HC n. 198.395-AgR, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 13.4.2021). “Habeas Corpus substitutivo de recurso ordinário. Roubo circunstanciado. Compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Impossibilidade **1. O acórdão impugnado está em conformidade com a jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, a teor do art. 67 do Código Penal, 'a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada'** (RHC 110.727, Rel. Min. Dias Toffoli). 2. Habeas Corpus extinto sem resolução de mérito por inadequação da via processual” (HC n. 105.543, Relator o Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 27.5.2014). “RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. DELITO DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. RECONHECIMENTO DA OCORRÊNCIA DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA CONTROVERTIDA. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. **CONCURSO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO.** RECURSO NÃO PROVIDO. I – No caso concreto, para se chegar à conclusão pela existência da confissão espontânea, faz-se necessário o incurso no acervo fático- probatório, o que é incabível na estreita via eleita. **II – Nos termos do art. 67 do Código Penal, no concurso de atenuantes e agravantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. No caso sob exame, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada.** Precedentes. III – Recurso ordinário ao qual se nega provimento” (RHC n. 120.677, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 2.4.2014). “HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. **CONCURSO DE ATENUANTE E AGRAVANTE.**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

ALEGAÇÃO DE QUE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA É CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA: IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Pedido de compensação, na segunda fase da imposição de pena ao réu, da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. **2. A reincidência é uma circunstância agravante que prepondera sobre as atenuantes, com exceção daquelas que resultam dos motivos determinantes do crime ou da personalidade do agente, o que não é o caso da confissão espontânea.** Precedentes. 3. A confissão espontânea é ato posterior ao cometimento do crime e não tem nenhuma relação com ele, mas, tão somente, com o interesse pessoal e a conveniência do réu durante o desenvolvimento do processo penal, motivo pelo qual não se inclui no caráter subjetivo dos motivos determinantes do crime ou na personalidade do agente. 4. Ordem denegada” (HC n. 102.486, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 21.5.2010).

16. No art. 67 do Código Penal, dispõe-se: “Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência”. Como afirmei em julgado de minha relatoria, o “dispositivo legal é claro ao dispor que a reincidência é uma circunstância agravante que prepondera sobre as atenuantes, com exceção daquelas que resultam dos motivos determinantes do crime ou da personalidade do agente, o que não é o caso da confissão espontânea” (HC n. 102.486, Primeira Turma, DJe 21.5.2010).

[...]

20. Pelo exposto, nego seguimento ao habeas corpus (§1º do art. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), prejudicada a medida liminar requerida.”

(STF – HC 220.776/SP – Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – j. em 07/10/2022 – DJe de 11/10/2022);

"HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. ILEGALIDADE: AUSÊNCIA. MULTIRREINCIDÊNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL: IMPOSSIBILIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM. PEDIDO LIMINAR PREJUDICADO.

[...]

12. Além disso, o entendimento consolidado no âmbito do Supremo Tribunal Federal é o de que a agravante da reincidência é preponderante sobre a atenuante da confissão: "RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. DELITO DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORA. RECONHECIMENTO DA OCORRÊNCIA DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA CONTROVERTIDA. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. **CONCURSO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO.** RECURSO NÃO PROVIDO. I – No caso concreto, para se chegar à conclusão pela existência da confissão espontânea, faz-se necessário o incurso no acervo fático- probatório, o que é incabível na estreita via eleita. **II – Nos termos do art. 67 do Código**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Penal, no concurso de atenuantes e agravantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. No caso sob exame, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada. Precedentes. III – Recurso ordinário ao qual se nega provimento.” (RHC nº 120.677/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. 18/03/2014, p. 02/04/2014; grifos nossos). “Habeas Corpus substitutivo de recurso ordinário. Roubo circunstanciado. Compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Impossibilidade 1. O acórdão impugnado está em conformidade com a jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, a teor do art. 67 do Código Penal, “a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada” (RHC 110.727, Rel. Min. Dias Toffoli). 2. Habeas Corpus extinto sem resolução de mérito por inadequação da via processual.” (HC nº 105.543/MS, Rel. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. 29/04/2014, p. 27/05/2014; grifos nossos).

[...]

15. Ante o exposto, denego a ordem, com fundamento no art. 192 do RISTF, ficando prejudicado o pedido liminar.” (STF – HC 212.965/SP – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA – j. em 03/09/2022 – DJe de 05/09/2022);

[...]

Finalmente, acerca do pleito de que “a atenuante da confissão espontânea deve ser integralmente compensada com a agravante da reincidência”, a preponderância dada pelo tribunal de origem à agravante da reincidência em relação à atenuante da confissão espontânea está de acordo com a orientação de ambas as turmas dessa Suprema Corte, nesse sentido: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – CABIMENTO. Mostra-se impróprio transportar para a recorribilidade ordinária pressupostos de recursos de natureza extraordinária – prequestionamento. PENA – DOSIMETRIA – **REINCIDÊNCIA – PREPONDERÂNCIA. A agravante reincidência prevalece sobre a confissão – artigo 67 do Código Penal.** (RHC 141.519, ministro Marco Aurélio – grifei) RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. DELITO DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTARAL. RECONHECIMENTO DA OCORRÊNCIA DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA CONTROVERTIDA. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. **CONCURSO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO.** RECURSO NÃO PROVIDO. I – No caso concreto, para se chegar à conclusão pela existência da confissão espontânea, faz-se necessário o incurso no acervo fático-probatório, o que é incabível na estreita via eleita. **II – Nos termos do art. 67 do Código Penal, no concurso de atenuantes e agravantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. No caso sob exame, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada.**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Precedentes. III – Recurso ordinário ao qual se nega provimento. (RHC 120.677, ministro Ricardo Lewandowski – grifei)

3. Em face do exposto, nego provimento ao presente recurso ordinário em habeas corpus."

(STF – RHC 214.581/PR – **Rel. Min. NUNES MARQUES** – j. em 01/08/2022 – DJe de 03/08/2022).

A Doutrina, na melhor interpretação hermenêutica, assim também entende, a começar por **LUIZ FLÁVIO GOMES** e **ALICE BIANCHINI**:

"Concurso de agravantes com atenuantes: quais prevalecem? Por força do art. 67 do CP preponderam as subjetivas (personalidade, motivos e reincidência). Réu reincidente que reparou os danos: pelo CP deve preponderar a circunstância subjetiva (reincidência). De qualquer modo, o juiz está livre para valorar tudo isso em cada caso concreto. Uma vez mais o que vale mesmo é a razoabilidade."

(**Curso de Direito Penal, Parte Geral, arts. 1º a 120, VOLUME. I**, atualizado até março de 2015, Editora Jus, PODIVM, 2015).

Os mesmos autores acima, adiante, são categóricos e incisivos, quando elencam, dentre outros efeitos da reincidência, o da sua preponderância no concurso entre agravantes e atenuantes, à exceção da atenuante da menoridade.

Não diverge do entendimento acima **VICTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES**:

"É possível a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea?"

Esse tema é de grande importância por se tratar de hipótese muito comum.

De acordo com o texto legal, a reincidência é circunstância preponderante enquanto a confissão não, de modo que deve prevalecer a exasperação. Este entendimento, aliás, é pacífico no Supremo Tribunal Federal, conforme pode se confirmar nos seguintes julgados: HC 112.830, HC 108.391/MG; HC 96.063/MS; HC 106.514/MS; RHC 110.727/DF; RHC 103.560/DF.

Existem, contudo, inúmeros julgados em sentido diverso no Superior Tribunal de Justiça:

'Segundo a atual orientação da Terceira Seção desta Corte, a atenuante da confissão espontânea, por ser de mesmo valor da agravante da reincidência, quando separadas na segunda fase da fixação da pena, resulta na compensação de uma pela

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

outra. 2. A confissão espontânea traz ao processo uma série de benefícios que tornam a prestação jurisdicional mais célere e eficaz, além de evidenciar a autoria do fato, tornando-a inequívoca. Ela acarreta economia e celeridade processuais pela dispensa da prática dos atos que possam ser considerados desnecessários ao deslinde da questão. Também acrescenta seguranças material e jurídica ao conteúdo do julgado, pois a condenação reflete de maneira inequívoca a verdade real, buscada inexoravelmente pelo processo penal. 3. Ordem concedida, em parte, para redimensionar a dosimetria da pena' (HC 242.422/MS, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu, 5ª Turma, julgado em 26-6-2012, DJ e 7-8-2012).

No mesmo sentido, podemos apontar os seguintes julgados do STJ: HC 194.189/DF; REsp 1.154.752/RS; REsp 1.305.833/RN, todos da 5ª Turma; HC 121.872/MG; HC 124.172/RN e HC 142.231/MG, todos da 6ª Turma.

Parece-nos que a primeira interpretação é a correta, quer por estar em perfeita consonância com o texto legal, quer por ter sido adotada pelo Supremo Tribunal Federal."

(Curso de Direito Penal, Parte Geral, Saraiva, 2015).

Mas, ausente recurso Ministerial no ponto em questão, as penas são mantidas nos patamares acima fixados, 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, no piso, para cada um dos crimes.

Na terceira fase da dosimetria das penas fez-se sensível a majorante prevista no art. 157, §2º, II, do Código Penal (crimes praticados em concurso de agentes), de modo que as penas do réu foram majoradas em 1/3 (um terço), alcançando 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além de 14 (quatorze) dias-multa, no piso, para cada crime.

Ainda, foi reconhecido o concurso formal de crimes, ante a prática de roubo contra duas vítimas distintas, aumentando a pena de um deles em 1/6 (um sexto), o adequado à espécie.

Ao meu sentir, deve-se adotar, no concurso formal, a quantidade de vítimas para a escolha da fração a ser aplicada, até porque o número de infrações é o fator determinante para a definição do percentual que deve incidir na exasperação da pena.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

CELSO DELMANTO, comentando o art. 70, do Código Penal, explicita:

"Quantidade de aumento da pena: O melhor parâmetro para a escolha do acréscimo da pena (de um sexto até metade), consequente do concurso formal, é a consideração do número de fatos (ou seja, de vítimas, crimes ou resultados). Tal acréscimo deverá sempre ser fundamentado (CR/88, art. 93, IX)."
(**Código Penal Comentado**, 5ª edição, Editora Renovar, 2000).

Neste sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, para a aplicação de frações quando reconhecido o concurso formal de crimes:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006, E ART. 180, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO DE DELITOS ENTRE OS CRIMES DE RECEPÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. **CONCURSO FORMAL PRÓPRIO DE DELITOS**. CRIMES PRATICADOS COM UNIDADE DE PLANO DELITIVO. AUSÊNCIA DE MENÇÃO, NA ORIGEM, À PRESENÇA DE DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. **FRAÇÃO DE ELEVAÇÃO DA REPRIMENDA. NÚMERO DE INFRAÇÕES PRATICADAS. MONTANTE DE 1/4 PROPORCIONAL**. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

- A prática de crimes patrimoniais da mesma espécie, mediante uma única ação ou omissão, afetando patrimônios distintos, consiste no concurso formal próprio de delitos.

- Na origem, os crimes de receptação foram praticados dolosamente, mas nada se disse acerca da existência de desígnios autônomos na ofensa ao patrimônio de cada uma das vítimas. Não há como presumir a autonomia dos desígnios, que deve ser explicitada pelo julgador, em cada caso.

- Do quadro fático-probatório firmado na origem, constata-se que o ora agravado, a princípio, mantinha a guarda das motocicletas receptadas como parte de um único plano delitivo, em combinação com um traficante (fl. 576).

- Correta a concessão da ordem, de ofício, para reconhecer o concurso formal próprio de delitos entre os quatro crimes de receptação, aplicando-se a fração de aumento de 1/4, correspondente ao número de infrações.

- Agravo regimental desprovido."

(AgRg no HC 787.003/MG – **Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca** - Quinta Turma – j. em 7/2/2023 - DJe de 13/2/2023);

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. LESÃO CORPORAL CULPOSA NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR MAJORADA PELA OMISSÃO DE SOCORRO. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO HEROICO COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. CONCURSO FORMAL. GRAU DE EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. PARÂMETRO OBJETIVO. NÚMERO DE INFRAÇÕES PERPETRADAS. INOBSERVÂNCIA. REDIMENSIONAMENTO DA REPRIMENDA EX OFFICIO

1. Na hipótese de ocorrer o trânsito em julgado da sentença condenatória e inexistir, no STJ, julgamento de mérito passível de revisão criminal em relação a essa condenação, não é cabível o manejo do remédio heroico como sucedâneo de revisão criminal.

Precedentes.

2. A jurisprudência reiterada desta Corte Superior firmou-se no sentido de que, em se tratando de concurso formal de crimes, para a exasperação da reprimenda deve-se levar em consideração o número de infrações praticadas.

3. A fixação da reprimenda em fração superior à devida, sem qualquer justificativa para tanto, enseja a concessão da ordem ex officio.

4. Agravo regimental desprovido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a reprimenda do paciente em 11 (onze) meses e 20 (vinte) dias de detenção, além de 03 (três) meses e 26 (vinte e seis) dias de proibição de se obter permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, mantidos os demais termos da condenação."

(AgRg no HC 624.566/SC – Rel. Min. João Otávio de Noronha - Quinta Turma – j. em 27/9/2022 - DJe de 30/9/2022);

"PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO SIMPLES. LESÃO CORPORAL. EVASÃO DO LOCAL DO ACIDENTE DE TRÂNSITO. 1) VIOLAÇÃO AO ART. 92, III, DO CÓDIGO PENAL - CP. INEXISTÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. 2) VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. OMISSÃO INEXISTENTE. 3) VIOLAÇÃO AOS ARTS. 423, I, 478, 479, 563, 571 E 573, I E III, DO CPP. NULIDADE EM PLENÁRIO. MENÇÃO À PROVA EXCLUÍDA DOS AUTOS. NÃO OCORRÊNCIA. REEXAME DA QUESTÃO VEDADO PELA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. 4) VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CP. OCORRÊNCIA. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA MOTORISTA DO VEÍCULO QUE AVANÇOU SINAL VERMELHO. COMPORTAMENTO DAS DEMAIS VÍTIMAS. NEUTRO. 5) VIOLAÇÃO AO ART. 70 DO CP. CONCURSO FORMAL. NÚMERO DE CRIMES. FRAÇÃO CORRETAMENTE APLICADA. 6) PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA VERIFICADA. 7) AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

5. Segundo a jurisprudência desta Corte, para a prática de 4 infrações penais cabe um aumento de 1/4 em caso de concurso formal.

5.1. In casu, foram cometidos três delitos de homicídio e um de lesão corporal em concurso formal, razão pela qual não há qualquer ilegalidade a ser sanada.

6. Conforme art. 117, II, III e IV, do CP a decisão de pronúncia, a decisão que a confirma e a sentença condenatória interrompem a prescrição. Assim, verifica-se que o delito previsto no art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro - CTB encontra-se prescrito em razão da pena em concreto inferior a 1 ano, porquanto entre a data da

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

decisão que confirmou a pronúncia (17/12/2015) e a data da sentença condenatória (6/8/2019) transcorreu mais de 3 anos.

7. Agravo regimental parcialmente provido para reconhecer a valoração positiva apenas do comportamento da vítima motorista do veículo que avançou o sinal vermelho no delito contra ela cometido, bem como para declarar extinta a punibilidade do agravante pela prescrição da pretensão punitiva com relação ao delito previsto no art. 305 do CTB."

(AgRg no AgRg no AREsp 1.890.420/PR – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik - Quinta Turma – j. em 6/9/2022 - DJe de 12/9/2022);

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIMES DE VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL. ABSOLVIÇÃO. AUSÊNCIA DE DOLO. SÚMULA 7/STJ. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. **CONCURSO FORMAL. NÚMERO DE INFRAÇÕES.** REGIME MAIS GRAVOSO E IMPOSSIBILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

5. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, a exasperação da pena do crime de maior pena, realizado em concurso formal, será determinada, basicamente, pelo número de infrações penais cometidas, parâmetro este que especificará no caso concreto a fração de aumento, dentro do intervalo legal de 1/6 a 2/3. Assim, 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. Precedentes. No caso, considerando a prática de 6 condutas criminosas, correta a elevação da pena a 1/2, com fundamento no art. 70 do CP e na jurisprudência desta Corte.

6. Em atenção aos artigos 33 e 44 do CP, embora estabelecida a pena definitiva do acusado em 4 anos de reclusão, houve a consideração de duas circunstâncias judiciais negativas na exasperação da pena-base, fundamento a justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso, o semiaberto e a impossibilidade de substituição.

7. Agravo regimental não provido."

(AgRg no AREsp 1.910.762/RJ – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca - Quinta Turma – j. em 9/11/2021 - DJe de 12/11/2021);

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO. CAUSAS DE AUMENTO DA PENA. FUNDAMENTO CONCRETO. SÚMULA N. 443 DO STJ. NÃO VIOLAÇÃO. **FRAÇÃO ADOTADA NO CONCURSO FORMAL DE CRIMES JUSTIFICADA.** REGIME FECHADO FUNDAMENTADO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A menção de que o crime foi cometido com emprego de arma de fogo e seis ou sete agentes demonstra a maior gravidade do comportamento ilícito, a justificar o aumento da pena na terceira fase acima da fração mínima, sem violação da Súmula n. 443 do STJ.

2. A jurisprudência deste Tribunal Superior é firme em assinalar que a quantidade de infrações praticadas deve ser o critério

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

utilizado para embasar o patamar de aumento relativo ao concurso formal. No caso, a pena foi elevada em 1/3, diante da prática de cinco delitos.

3. A fundamentação oferecida pelas instâncias de origem, a indicar a gravidade concreta do crime - na espécie, a prática do delito com emprego de arma de fogo em concurso de vários agentes e na residência das vítimas -, aliada à existência de circunstância judicial negativa, justifica a fixação do regime fechado, ainda que o quantum da pena seja inferior a oito anos.

4. Agravo regimental não provido."

(AgRg no HC 664.447/SP – **Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz** - Sexta Turma – j. em 24/8/2021 - DJe de 30/8/2021).

Aqui, a pena do réu chegou a 07 (sete) anos, 03 (três) meses e 03 (três) dias de reclusão, além de 16 (dezesseis) dias-multa, no piso, não merecendo reparos.

Ainda nesta fase, entendeu a Magistrada que o réu fazia jus à aplicação da causa de diminuição prevista no art. 29, §1º, do Código Penal e diminuiu a sua pena em 1/6 (um sexto), chegando a pena final em 06 (seis) anos e 17 (dezessete) dias de reclusão, além de 13 (treze) dias-multa, no piso. Contudo, afastada, agora, a participação de menor importância, nos termos da fundamentação acima, a pena final do réu totaliza 07 (sete) anos, 03 (três) meses e 03 (três) dias de reclusão, além de 16 (dezesseis) dias-multa, no piso.

Fica o registro de que, além de ter sido indevidamente reconhecida a participação de menor importância, ela também, na sentença, foi refletida no lugar errado da dosimetria da pena, o que salta aos olhos. Mas, uma vez afastada, bastante o registro.

Passo ao regime prisional.

As mesmas razões que levaram ao exasperamento das penas-base servem de fundamento para justificar a imposição do regime prisional fechado para o réu, nos exatos termos do art. 33, §3º, do Código Penal.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Corolário disso, palmar que se impunha, mesmo, o regime prisional mais gravoso, ante as notas de má conduta social e o timbre de desajustada personalidade, sem se olvidar do dolo exacerbado do agente. Correlação entre o art. 59, "caput" e o art. 33, §3º, ambos do Código Penal. Ademais, constou ser o réu portador de maus antecedentes criminais (processo-crime n. 0016060-80.2008.8.26.0127 – crime de tráfico de drogas –, com trânsito em julgado para a defesa em 14 de outubro de 2011 – fls. 245/248) e reincidente (processo-crime n. 0005787-88.2013.8.26.0152 – crime de tráfico – trânsito em julgado para a defesa em 18/12/2013, fls. 246).

Esse entendimento encontra eco em variados julgados, tanto do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL quanto do Superior Tribunal de Justiça, conforme se constata na jurisprudência recente:

"[...]

Ainda, conforme apontado pelo Superior Tribunal de Justiça 'A reincidência de JHONATAN combinada com a sua pena definitiva, que não ultrapassa 8 anos de reclusão, justifica a manutenção do regime prisional inicial fechado'.

Nesse sentido é a orientação desta Suprema Corte, que reconhece a reincidência como motivo suficiente para a fixação do regime inicial fechado (RHC 134.829, ministro Ricardo Lewandowski; HC 127.010 AgR, ministro Luiz Fux; HC 117.717, Ministro Gilmar Mendes): PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – FIXAÇÃO. Ante o disposto no artigo 33, §2º, alínea 'b', do Código Penal, em se tratando de recorrente reincidente, cuja pena tenha sido fixada entre 4 e 8 anos, mostra-se viável o regime fechado. (RHC 146.318, ministro Marco Aurélio).

[...]

3. Em face do exposto, nego seguimento ao presente habeas corpus (art. 21, §1º, do RISTF)."

(STF – HC 228.238-MC/SP – **Rel. Min. NUNES MARQUES** – j. em 22/05/2023 – DJe de 23/05/2023);

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. REGIME INICIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE.

1. O caso é de habeas corpus substitutivo de agravo regimental (cabível na origem). Nessas condições, tendo em vista a jurisprudência da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, entendo que o processo deve ser extinto sem resolução de mérito, por inadequação da via eleita (HC 115.659, Rel. Min. Luiz Fux).

2. Não é caso de concessão da ordem de ofício.

3. A "imposição do regime de cumprimento mais severo do que

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

a pena aplicada permitir exige motivação idônea” (Súmula 719/STF).

4. Hipótese de paciente condenado (em primeira e segunda instâncias) a 7 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pelo crime de roubo majorado (art. 157, §2º, I e II, do CP). O regime mais gravoso (fechado) foi fixado com apoio em dados empíricos idôneos, extraídos da prova judicialmente colhida, especialmente em face das “circunstâncias judiciais negativas, a forma de execução do delito, do concurso de agentes e do emprego de armas de fogo, com evidente diminuição da capacidade de reação da vítima, bem como, considerando que o delito foi praticado mediante emboscada, fixo o regime fechado para início do cumprimento da pena”.

5. Ausência de teratologia, ilegalidade flagrante ou abuso de poder capaz de justificar o acolhimento da pretensão defensiva.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(STF - HC 222.163-AgR/MS - Rel. Min. ROBERTO BARROSO - Primeira Turma – j. 19/12/2022 – Dje de 06/02/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. 2. DIREITO PROCESSUAL PENAL. 3. TRÁFICO DE DROGAS. RESISTÊNCIA. 4. REQUERIMENTO PARA FIXAÇÃO DO REGIME DIVERSO DO FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. IMPOSSIBILIDADE. REGIME MAIS GRAVOSSO LASTREADO NA REINCIDÊNCIA DO PACIENTE. O ACÓRDÃO IMPUGNADO ATENDE AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. 5. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTOS CAPAZES DE INFIRMAR A DECISÃO AGRAVADA. 6. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO." (STF - RHC 208.513-AgR/MG – Rel. Min. GILMAR MENDES - Segunda Turma – j. em 21/02/2022 – DJe de 03/03/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. INFRAÇÃO DESCRITA NO ART. 157, § 2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL (ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS). IMPETRAÇÃO DIRIGIDA CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA ANTECEDENTE. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. REGIME FECHADO. VIABILIDADE. PENA DE 5 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL (CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME, QUE ENVOLVEU TRÊS OUTROS AGENTES E FOI PRATICADO NO INTERIOR DA RESIDÊNCIA DA FAMÍLIA DURANTE O REPOUSO NOTURNO). AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE APTA A AUTORIZAR A CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Segundo a jurisprudência da Corte, “é inadmissível o habeas corpus que se volta contra decisão monocrática do Relator da causa no Superior Tribunal de Justiça não submetida ao crivo do colegiado por intermédio do agravo interno, por falta de exaurimento da instância antecedente” (HC nº 101.407/PR, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 19/3/14).

2. De acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, “as circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Penal, quando desfavoráveis, autorizam a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal, bem como fixação do regime prisional (...) mais gravoso” (HC nº 140.816/SP-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 20/6/17).

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento."

(STF - HC 209.906-AgR/PR – Rel. Min. DIAS TOFFOLI - Primeira Turma – j. 04/04/2022 – DJe de 26/05/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO TRIPLAMENTE MAJORADO: USO DE ARMA DE FOGO, CONCURSO DE AGENTES E RESTRIÇÃO DE LIBERDADE DA VÍTIMA. DOSIMETRIA. RÉU FORAGIDO. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO MAIS DE TRÊS ANOS ANTES DA IMPETRAÇÃO. SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA. **PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO: CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE.** AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA: INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO."

(STF - HC 203.078-AgR/SP – Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA - Segunda Turma – j. 03/08/2021 – DJe de 09/08/2021);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. REGIME PRISIONAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Nos moldes do art. 33, §§1º, 2º e 3º, do CP, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da sanção aplicada, bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Ademais, na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que permitir a pena aplicada, quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito.

2. No caso em desfile, o colegiado local apresentou fundamentos suficientes para indicar a gravidade concreta do crime, destacando "que o crime foi praticado com extrema violência, tendo sido desferidos golpes na cabeça do ofendido, que chegou a ficar atordoado. Além disso, o emprego de arma de fogo traz especial gravidade ao crime, colocando em risco a integridade física e a vida da vítima" (e-STJ fl. 90).

3. A fixação do regime mais gravoso, na hipótese, deu-se mediante a demonstração de elementos concretos indicadores da maior gravidade da conduta praticada (roubo perpetrado com arma de fogo e extrema violência, pois desferidos golpes na cabeça do ofendido), o que encontra guarida na jurisprudência desta Corte, pela interpretação, a contrario sensu, do disposto na Súmula n. 440/STJ, segundo a qual, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito".

4. Agravo regimental ao qual se nega provimento."

(STJ - AgRg no HC 755.729/SP – Rel. Min. Antonio Saldanha

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Palheiro - Sexta Turma – j. 13/3/2023 - DJe de 16/3/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA EVIDENCIADA.

1. A fixação da pena-base acima do mínimo legal autoriza a aplicação do regime inicial fechado, mais gravoso, nos termos dos arts. 33, §3º, e 59 do Código Penal e conforme reiterada jurisprudência dessa Corte.

2. O fato de ter o delito sido praticado no interior de uma agência bancária, que, notoriamente, conta com constante monitoramento por sistema de vigilância por câmera, além de segurança armada, evidencia a maior reprovabilidade da conduta, sobretudo por revelar o desprezo do réu pela ordem legal e sua crença na impunidade. Não bastasse, o delito ainda foi cometido mediante o emprego de arma branca, contra vítima maior de 60 anos, que, mesmo após o transcurso de um razoável lapso temporal, declarou que se mantinha abalada e atemorizada em razão da prática delitiva.

3. Agravo regimental desprovido."

[STJ - AgRg no HC 780.147/SP – **Rel. Min. Jesuíno Rissato** (Desembargador Convocado do TJDF) - Sexta Turma – j. 7/3/2023 - DJe de 10/3/2023);

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (POR DUAS VEZES). ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. CORRUPÇÃO DE MENORES. DOSIMETRIA. PLEITO DE AFASTAMENTO DA ANÁLISE NEGATIVA DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME NO DELITO DE ROUBO. IMPOSSIBILIDADE. ABALO PSICOLÓGICO ATESTADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. ELEMENTO IDÔNEO. REGIME MAIS GRAVOSO. FECHADO. LITERALIDADE DO ARTIGO 33, §2º, "A", DO CÓDIGO PENAL E PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - As consequências do crime referem-se ao resultado da ação do agente, sendo valoradas de acordo com o maior ou menor prejuízo para a vítima decorrente da ação delituosa. No presente caso, não se verifica a ocorrência de notória ilegalidade no aumento da pena-base em razão da valoração negativa das consequências do crime com relação ao roubo, na medida em que as instâncias ordinárias fundamentaram a exasperação no fato de que as vítimas ficaram extremamente abaladas e traumatizadas com o ocorrido, o que ultrapassa os elementos do tipo. De mais a mais, inexistiu vagueza ou generalidade na fundamentação exarada para o aumento da pena-base, pois está claro que expressões "extremamente abaladas" e "traumatizadas" encontram correspondência com os desdobramentos da dinâmica delitiva, uma vez que houve disparos de arma de fogo na cena do crime.

III - O regime inicial mais gravoso para o cumprimento inicial da

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

pena foi fixado com base na quantidade de pena aplicada, bem como em razão da existência de circunstância judicial desfavorável que permitiu a elevação da pena-base do roubo.

Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no HC 671.540/PB – Rel. Min. Messod Azulay Neto - Quinta Turma – j. 6/3/2023 - DJe de 14/3/2023).

Mais não se precisa dizer.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso defensivo e **dou provimento** ao recurso do **Ministério Público** para afastar a causa de diminuição prevista no art. 29, §1º, do Código Penal, redimensionando a pena do réu **Guilherme Dias** para 07 (sete) anos, 03 (três) meses e 03 (três) dias de reclusão, regime fechado, além de 16 (dezesesseis) dias-multa, no piso, mantida, no mais, a sentença.

É como voto.

Desembargador AIRTON VIEIRA

Relator