



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000398296

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502435-40.2024.8.26.0224, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes MARCONES LOPES DA SILVA e CARLOS HENRIQUE DOS SANTOS JUNIOR, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao pelo de Carlos Henrique dos Santos para absolve-lo, nos termos do artigo 386, inciso VII, do CP, da imputação de prática do crime capitulado no artigo 157, § 2º, inciso II e § 2º-A, inciso I, do CP e deram parcial provimento ao recurso de Marcondes Lopes da Silva, apenas para ajustar o cálculo da pena, mitigando-se o implemento da basilar, bem assim, compensando-se integralmente a agravante prevista no artigo 61, inciso I, do CP, com a atenuante descrita no artigo 65, inciso III, alínea “d”, da referida Lei penal e, ainda, limitar o aumento da sanção imposto na derradeira etapa de seu cálculo à fração única de 2/3, nos termos do artigo 68, parágrafo único, do CP, com consequente mitigação da reprimenda para o montante de 8 (oito) anos de reclusão, mais o pagamento de 20 (vinte) dias-multa, no valor unitário mínimo, a ser cumprida no regime inicial fechado. Expediram alvará de soltura clausulado em favor do denunciado Carlos Henrique dos Santos. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente sem voto), CARLA RAHAL E GUILHERME G. STRENGER.

São Paulo, 25 de abril de 2025.

RENATO GENZANI FILHO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 1502435-40.2024.8.26.0224

VOTO 31015

COMARCA: Capital

JUÍZO DE ORIGEM: 5ª Vara Criminal Central

APELANTES: Marcondes Lopes da Silva e Carlos Henrique dos Santos

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. ROUBO QUALIFICADO. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO DE UM DOS RÉUS E PROVIMENTO DO APELO DO OUTRO CORRÉU.

I. Caso em Exame

1. Apelos interpostos por ambos os réus, em peças apartadas contra sentença que os condenou por roubo qualificado. Acionado Marcondes condenado a 18 anos, 6 meses e 6 dias de reclusão, além de 416 dias-multa, réu confesso que apenas impugna o montante de pena imposto. Carlos busca sua absolvição alegando fragilidade das provas e apresentou álibi.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em (i) verificar a suficiência das provas para a condenação de Carlos ou, alternativamente rever a pena que lhe foi imposta e (ii) revisar a composição da pena aplicada a Marcondes.

III. Razões de Decidir

3. A autoria do crime que apenas pode ser atribuída apenas a Marcondes, que confessou o roubo e foi reconhecido pela vítima. Carlos apresentou álibi corroborado por documentos médicos e testemunhos, não sendo reconhecido pela vítima.

4. A pena de Marcondes foi ajustada devido à ocorrência de “bis in idem” na primeira fase da composição, à necessidade de compensação entre agravante da reincidência específica e atenuante da confissão judicial e a impossibilidade de cúmulo de aumentos na última fase do cálculo sem fundamento em dados concretos da infração.

IV. Dispositivo e Tese

5. Dá-se provimento ao apelo de Carlos para absolvê-lo da imputação. Dá-se parcial provimento ao recurso de Marcondes para ajustar a pena para 8 anos de reclusão em regime fechado e o pagamento de 20 dias-multa.

Tese de julgamento:

1. A absolvição é devida quando a prova da autoria não é robusta. 2. A compensação entre agravante e atenuante deve ser considerada na composição da pena, os aumentos cumulativos ou além do piso legal previsto em razão da multiplicidade de causas especiais de aumento da sanção demandam idônea justificação em elementos concretos da ação.

Legislação Citada:

CP, art. 157, §§ 2º, inciso II e 2º-A, inciso I; art. 61, inciso I; art. 65, inciso III, alínea “d”; art. 68, parágrafo único.

CPP, art. 312, 313, 386, inciso VII.

Jurisprudência Citada:

STJ, AgRg no AREsp n. 1.907.143/DF, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 07.03.2023.

STJ, HC 352.285/SC, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. 10.05.2016.

Vistos.

Trata-se de apelos interpostos em peças apartadas pelos réus Marcondes Lopes da Silva e Carlos Henrique dos Santos, contra a r. sentença (fls. 302/318) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 5ª Vara Criminal Central da Comarca da Capital, que os condenou pela prática do crime descrito no artigo 157, §§ 2º, inciso II e 2º-A, inciso I do CP, à idênticas penas de **18 anos, 6 meses e 6 dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, além do pagamento de 416 dias-multa**, no valor unitário mínimo, no valor unitário mínimo.

A defesa de Carlos, além de prequestionar a matéria constitucional e infraconstitucional debatida, busca sua absolvição afirmando a fragilidade das provas, além do abrandamento da sanção aplicada e regime prisional eleito, ao palio de que: a condenação foi contrária aos que dispõem os artigos art. 1º, inciso III, 3º, incisos I e IV, da CF e 155 do CPP, especialmente diante do alibi apresentado por sua companheira, afirmando que no dia dos fatos ele lhe acompanhou a diversas consultas médicas, conforme demonstrado pelos documento juntados aos autos; o corréu foi enfático ao isentar o apelante de responsabilidade dos fatos, pontuando ter pegado seu carro emprestado no dia anterior aos fatos e realizou a rapina violenta juntamente com outros dois comparsas, descrevendo de forma crível e harmônica toda a dinâmica fática; no caso, o único elemento de prova capaz de implicar o recorrente nos fatos é o uso do carro de sua propriedade no delito, o que foi devidamente esclarecido pelo corréu Marcondes afirmando que o veículo lhe foi emprestado no dia que antecedeu a infração e devolvido no dia seguinte ao ocorrido; os testemunhos policiais, que não presenciaram os fatos, não é suficiente para respaldar a condenação, sobretudo porque descreveram apenas fatos posteriores, quando abordaram os acionados por delitos diversos do apurado na ação; a

responsabilização do réu não pode ser declarada em razão de suposições e indícios de prova assim, pena de se afrontar o devido processo legal e a presunção de inocência previstos no artigo 5º, incisos XXXV e LV da CF; assim, não tendo a acusação se desincumbido do ônus que lhe cabe, nos termos do artigo 156 do CPP, de comprovar suas alegações, a absolvição com base no artigo 386, incisos IV, V e VII, do CPP é de rigor em prestígio ao *in bubio pro reo*; alternativamente reclama a revisão da pena, pois aplicada em clara desproporção e em flagrante *bis in idem*; no particular diz quer as circunstâncias e consequências do crime utilizadas para a elevação da basilar são inerentes à própria infração, não sendo, portanto, aptas a justificar o implemento em questão; já na segunda fase, apesar de já utilizado o histórico criminal do acionado para compor a reprimenda inicial, foi ela agravada também com base na reincidência ostentada, em patente replicação de circunstâncias; por fim, a majoração na terceira fase, diante das causas de aumento consideradas, foi efetivada em fração desproporcional aos parâmetros legais, e desconsiderada eventual participação de menor relevo, nos termos do artigo 29, § 1º, do CP, pois caso responsabilizado, em tese apenas teria levado o corréu até o sítio dos fatos, atuação que não pode ser considerada decisiva e essencial ao êxito da empreitada criminosa; por fim impugna a sanção imposta ao corréu Marcondes, não obstante ter sido juntada aos autos declaração de revogação (fls. 353) dos poderes que anteriormente concedeu a este patrono (fls. 333/349).

Por seu turno a defensoria reclama a revisão da pena imposta ao corréu Marcondes, ao argumento de que: a basilar foi elevada sem idônea fundamentação, utilizando-se circunstâncias que já são elementares da infração apurada, portanto, inaptas a justificar o implemento, tendo a composição nesta fase incorrendo em verdadeiro *bis in idem*; na segunda fase deixou a sentença de considerar a confissão judicial do réu para atenuação da pena, contrariando o que dispõe a Súmula nº 545, do c. STJ e a jurisprudência desta Corte, afirmando que mesmo não sendo a assunção de responsabilidade usada na condenação, a atenuação legal deve deflagrar efeitos; assim, deve a confissão ser integralmente compensada com a reincidência registrada, ainda que específica, já que ambas as circunstâncias em questão são preponderantes, conforme prevê o artigo 67 da Lei penal e segundo o

que restou decidido no julgamento do Tema 585 do c. STJ; ademais o agravamento efetivado pela única reincidência considerada em fração superior a 1/6 está em desconformidade com os parâmetros da proporcionalidade, razoabilidade e individualização da pena; por fim aponta descabida a incidência da majorante do uso de arma de fogo, pois não foi o artefato submetido a perícia técnica para comprovação de sua natureza e eficácia; alternativamente busca o afastamento de cumulação de aumentos efetivado na terceira fase de composição da sanção, sendo o caso de aplicação do que dispõe o artigo 68, parágrafo único, do CP (fls. 431/440).

Respondidos o recurso (fls. 444/454), a d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo parcial provimento dos apelos (fls. 467/474).

É o relatório.

O apelo do corréu Carlos deve ser provido, procedendo, ainda, parcialmente o inconformismo de Marcondes.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conhece-se dos recursos de apelação.

No caso, ficou reconhecido na r. sentença que, na data e lugar descritos na peça acusatória, os réus, previamente ajustados, mediante grave ameaça exercida com emprego de armas de fogo subtraíram em proveito comum, uma bolsa preta contendo R\$ 12.874,00 em dinheiro, um notebook branco, modelo Macbook, uma calculadora da marca HP, além de chaves do veículo Tracker e da empresa “Inec”, pertencentes à vítima Adriana Aparecida da Silva Freitas.

A materialidade do crime está comprovada pelo inquérito policial (fls. 1/3), boletim de ocorrência (fls. 4/6), auto de prisão em flagrante (fls. 7), auto de exibição e apreensão (fls. 26/27), termos de declarações e interrogatórios (fls. 67/69, 72 e 77), auto de reconhecimento pessoal (fls. 70), imagens de câmera de segurança (fls. 84), relatório final (fls. 97/100), bem como, pela prova oral produzida em contraditório judicial, em especial a confissão de um dos implicados.

A autoria, contudo, apenas pode ser atribuída ao corréu Marcondes.

Em solo policial ambos os implicados negaram participação na empreitada criminosa ora em apuração (fls. 72 e 77).

Já em juízo, Marcondes acabou admitindo ser o executor do roubo em questão. Na ocasião disse que realmente praticou o assalto, pois precisava urgentemente de dinheiro, já que sua esposa estava sendo ameaçada por agiotas a quem devia dinheiro. Esclareceu que o corréu Carlos emprestou a ele seu carro para fazer compras no mercado, quando um colega de nome Paulo disse que uma funcionária da empresa chegaria com dinheiro, e com ele combinou o roubo. Contou que Paulo dirigiu o veículo na ação e que durante a execução usou um revólver de brinquedo, o qual estava sob o tapete do carro e não em um compartimento escondido do automóvel e que tampouco abaixou para pegar o artefato após ter desembarcado do carro, tendo apenas pegado sua carteira que caiu no chão. Após a rapina deixou o local de moto que era pilotada por um amigo de Paulo, que não sabe o nome. No mais afirmou conhecer o corréu Carlos há cerca de 1 ano e pouco e que devolveu o veículo emprestado na manhã do sábado, sem mencionar o roubo que executou, tendo ele apenas ciência do delito no dia 26 de março, quando foram abordados pela polícia. Questionado disse não conhecer os policiais captores e que o dinheiro roubado foi dividido entre os três agentes roubadores, usando sua parte para pagar o agiota que ameaçava sua companheira (fls. 297/298 e mídia audiovisual).

Já Carlos, manteve sua negativa de envolvimento nos fatos. Ao juiz disse que foi implicado nos fatos porque foi abordado em seu carro na companhia do corréu Marcondes quem havia usado dito veículo de quinta-feira até sábado, oportunidade que este omitiu ter usado seu automóvel em um roubo. Pontuou não ter visto quando os milicianos acharam uma arma de fogo em seu carro, sequer sabia da existência de um compartimento falso no veículo desconhecendo, ainda, que as roupas de seu amigo e as chaves do carro da vítima estavam no interior de seu automóvel, pois não verificou o que tinha nele quando foi devolvido pelo corréu. Esclareceu, também, ter adquirido o carro 5 ou 6 meses antes de sua detenção mediante permuta com um Agile, com um lojista para quem já prestou serviços de pintura, e ainda não registrou o bem em seu nome. Por fim, disse que no dia do roubo estava no posto de saúde AMA Humberto Cerruti, na Vila Císper, acompanhando sua

amasia grávida, saído do equipamento de saúde apenas ao final da tarde. Questionado disse que foi para esse local de moto (fls. 297/298 e mídia audiovisual).

E, a confissão do corréu Marcondes foi corroborada pelas palavras da vítima.

Em juízo, após efetivar inequívoco reconhecimento do réu Marcondes, a ofendida referiu em detalhes toda a dinâmica fática. Disse que no dia foi ao banco Bradesco e, ao sair, como de costume, observou se havia a presença de alguém suspeito, seguindo então para a empresa, sem notar se alguém a seguiu. Só ao entrar na empresa percebeu a presença do roubador também entrando no local, quando ele gritou e sacou a arma que portava. Assustada correu para o interior da empresa, momento em que o acionado pulou o balcão existente na entrada de sua bolsa onde estava o dinheiro sacado no banco e as chaves de seu carro. Após a subtração correu para fora da empresa, momento em que viu uma moto chegando, na qual o meliante subindo e empreendeu fuga. Posteriormente foi assistir as imagens das câmeras de segurança, vendo que o meliante foi levado até o local dos fatos em um honda fit prata conduzido por outra pessoa e do qual retirou a aram que estava escondida no para-lamas do veículo. Disse que após cerca de uma semana soube da prisão dos suspeitos, não tendo sido recuperado o dinheiro subtraído, apenas sendo achada as chaves de seu veículo. No mais, disse que ao ser chamada para o reconhecimento na delegacia indicou aos policiais de onde o réu retirou a aram usada no assalto, momento que o veículo foi novamente revistado, sendo encontrada uma arma no local indicado. Acrescentou que as roupas usadas pelo referido roubador também foram achadas no carro em que os suspeitos foram abordados, juntamente com as chaves de seu veículo Tracker. Por fim disse que a ação lhe causou verdadeiro terror suportando até hoje as sequelas do roubo, não conseguindo ir mais ao banco e temendo a aproximação de pessoas (fls. 297/298 e mídia audiovisual).

Há ainda o relato dos policiais captores.

Gilmar, rememorou que os acusados foram presos em flagrante em um Honda Fit, pela suposta prática dos crimes de receptação e porte de arma de fogo.

Esclareceu que durante patrulhamento juntamente com seu parceiro, receberam informe do Projeto Radar de que dito veículo estava envolvido em ação criminosa motivando a abordagem, posteriormente, em buscas no COPOM, souberam que dito automóvel teria sido usado em um roubo. Disse que ambos os suspeitos estavam no interior do veículo que era conduzido por Carlos e durante as buscas, nada de ilícito foi encontrado. No entanto após contato com a vítima, na delegacia assistiu ao vídeo da câmera de segurança trazida pela ofendida teve a ideia de revistar novamente o automóvel, logrando encontrar no para-lamas da roda dianteira direita do carro, em uma espécie de fundo falso, um revólver calibre .38. Afirmou que no interior do carro ainda estavam as chaves do automóvel da vítima localizadas no console do veículo, além das roupas usadas pelo réu Marcondes no dia do roubo, guardadas no porta-malas. Confirmou, ainda, que a ofendida reconheceu um dos detidos com o agente roubador (fls. 297/298 e mídia audiovisual).

Paulo também miliciano que participou da captura dos suspeitos confirmou o dito por seu colega de farda (fls. 297/298 e mídia audiovisual).

Por fim, de se destacar ainda as declarações de Kevelyn, companheira do acusado Carlos ouvida como informante, reafirmando o dito por seu amásio no sentido que este, no dia dos fatos, ele a acompanhou durante todo o dia ao serviço público de saúde onde foi atendida em razão de sua gestação de alto risco, passando por consultas com ginecologista, dentista entre outros profissionais. Acrescentou que foram ao equipamento público de moto e que seu companheiro não é envolvido em atividades ilícitas. Por fim referiu que o Fit é da declarante e do acionado Carlos e que ele foi emprestado ao corréu Marcondes entre os dias 19 e 22 de março (fls. 297/298 e mídia audiovisual).

Demais testemunhas, nada contribuíram para a elucidação dos fatos (fls. 297/298 e mídia audiovisual).

Pois bem, inquestionável a responsabilidade de Marcondes na empreitada criminosa, visto que ele, além de ser reconhecido pela vítima com 100% de certeza como o executor da rapina, tanto em solo policial com em juízo, confessou

a prática do crime imputado, tanto que sua defesa não impugna esse ponto do julgado.

No entanto, respeitado o posicionamento do sentenciante, a responsabilidade de Carlos na rapina violenta, de fato é dúbia.

No particular, apesar de ter sido detido junto com o corréu Marcondes, na condução do veículo utilizado no roubo, onde foram encontrados bens da vítima e roupas de utilizadas pelo corréu no dia dos fatos, não foi reconhecido pela vítima e, ainda, eximido de responsabilidade na ação por seu amigo e réu confesso.

No particular, explicou como seu veículo foi visto no sítio dos fatos, alegando tê-lo emprestado ao corréu Marcondes por um período que englobou o dia do roubo, situação confirmada tanto pelo corréu confesso, quanto por sua companheira.

Ademais, conta com o álibi de sua companheira referindo que no dia e período que o roubo aconteceu, o acionado a acompanhou em consultas médicas de seu pré-natal o que, de certa forma, foi comprovado mediante a apresentação de documentos médicos (fls. 277/279 e 281/285), que embora não aponte que dito denunciado era o acompanhante da paciente, ao menos revela a realidade das consultas realizadas no dia dos fatos.

Para além, apesar de terem sido encontrados no interior de seu veículo além de as chaves do carro da vítima, uma arma que poderia ter sido usada na rapina em questão, a abordagem ocorreu quase uma semana após os fatos, portanto, sem aptidão para infirmar o álibi apresentado por sua defesa, especialmente diante do que foi colhido na prova oral apontando que o veículo que possuía e onde foram localizados os itens ilícitos havia sido emprestado ao corréu Marcondes que confessou a execução da rapina auxiliado por dois outros indivíduos, que não era o denunciado Carlos.

Em suma, pesa contra o denunciado apenas o encontro em seu veículo, dias depois dos fatos, de parte da *res* rapinada, e uma arma de fogo eventualmente

usada no roubo em análise, sem qualquer outro elemento de convicção de sua atuação na rapina apurada, colhida durante a produção da prova judicial.

Diante disso, como bem ponderou a defesa, a prova colhida não logrou comprovar, com a necessária certeza, a autoria do roubo que lhe foi atribuído pela acusação.

Nesse contexto, tendo em vista que no âmbito do processo penal, considerando que eventual condenação implicará na privação ou restrição da liberdade do réu, a prova da autoria do crime deve ser robusta, segura e convincente. Eventuais dúvidas sobre o envolvimento do imputado no crime devem ser resolvidas em seu favor, em atenção aos princípios basilares do direito penal, notadamente o da presunção da inocência e *in dubio pro reo*.

Dito de outra forma, os elementos produzidos nos autos, apesar de levantarem fortes suspeitas da atuação do réu nos fatos ora apurados, não tiveram sua força probante corroborada de forma eficaz a ponto de se concluir, com a certeza necessária ter o réu participado da rapina de que foi acusado, pelo contrário, os elementos angariados pela acusação foram eficazmente enfraquecidos pela defesa, portanto, eles não extrapolam a condição de meros indícios, sem confirmação em outros elementos de prova colhidos sob o crivo do contraditório.

Sob tal perspectiva, em que não logrou a acusação se desincumbir de comprovar as alegações veiculadas na denúncia, bem assim, de contrapor as alegações defensivas do corréu Carlos, sua absolvição é medida que se impõe.

A seu turno, confirmada a responsabilidade de Marcondes pelo crime imputado, a pena que lhe foi aplicada demanda ajustes.

Para este condenado foi aplicada sanção de **18 anos, 6 meses e 6 dias de reclusão, além de 416 dias-multa.**

Na primeira fase, a basilar foi elevada em razão das circunstâncias mais gravosas do crime, ponderando o juízo *a quo* a maior culpabilidade do agente, a quem coube a execução do delito, invadindo a empresa da vítima e a subjugando sob

a mira da arma de fogo que ostensivamente portava logrando, assim, despojá-la de seus bens, bem como, diante das circunstâncias da ação que contou com clara premeditação, revelada pela organização demonstrada pelos roubadores ao seguir a ofendida do banco até sua empresa, cientes de que possuía volumosa quantia em dinheiro, o que indica que possuíam informações privilegiados que facilitaram a organização do bando e execução da infração. Considerou, ainda, as graves consequências do crime, para além do que ordinariamente resulta em ações da espécie, tanto diante da relevante soma monetária roubada, mais de R\$ 12.000,00 em dinheiro, que não foram recuperados, quanto frente ao abalo psicológico causado à ofendida que enfrenta verdadeira síndrome do pânico.

Contudo, acertada a maior reprovabilidade social da empreitada, mercê da premeditação da ação e das privilegiadas informações obtidas pelo réu e seus comparsas e, também, as extraordinárias consequências havidas, não era o caso de valorar a maior culpabilidade do acionado com base em sua atuação na rapina, já que as circunstâncias para tanto descritas, realmente já são elementares do crime de roubo.

Assim, é descabida sua replicação na composição da sanção inicial, pena de se incorrer em verdadeiro *bis in idem*.

Deste modo, considerando-se apenas duas circunstâncias judiciais desfavoráveis nos termos do artigo 59 do CP, mais proporcional e harmônico com o que vem decidindo esta c. Câmara o implemento de 1/5 à pena-base, restando ela agora ministrada em **4 anos, 9 meses e 18 dias de reclusão, mais 12 dias-multa**.

Na segunda fase, houve novo implemento, agora na fração de 1/3 à pena, pela reincidência específica registrada, não sendo considerada pelo Juiz a confissão judicial expressada, ao argumento de não ter sido ela utilizada para a condenação do denunciado.

Novamente há que se rever o cálculo efetivado.

Isso porque, não obstante comprovadamente ser o réu reincidente

específico, conforme atestado em sua folha de antecedentes (proc. nº 0047180-32.2018.8.26.0050 – fls. 145/146, PEC nº 10727-31.2019.8.26.0041 - fls. 145), a confissão expressada deve deflagrar seus efeitos, ainda que não utilizada na origem para fundamentar o decreto condenatório.

Isso porque, o legislador ao idealizar a atenuante da confissão espontânea não condicionou seus efeitos a qualquer circunstância, portanto, s.m.j., não se entende devida a presunção de falta de espontaneidade do ato pela mera situação de flagrância que o agente foi surpreendido.

De se ponderar que atualmente a jurisprudência tem admitido dita atenuação ainda que a confissão não seja plena e em juízo, se admitindo, inclusive, sua efetivação informal a agentes públicos incumbidos da captura que em muitas vezes ocorre em situação de flagrante delito.

A obrigatoriedade do reconhecimento da atenuante está consubstanciada em entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“[...] Em recente julgamento do REsp 1.972.098/SC, de minha Relatoria, esta Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao examinar a correta interpretação do art. 65, III, "d", do CP, em conjunto com a Súmula 545/STJ, adotou a seguinte tese: "o réu fará jus à atenuante do art. 65,III, 'd', do CP quando houver admitido a autoria do crime perante a autoridade, independentemente de a confissão ser utilizada pelo juiz como um dos fundamentos da sentença condenatória, e mesmo que seja ela parcial, qualificada, extrajudicial ou retratada [...]”(AgRg no AREsp n. 1.907.143/DF, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 7/3/2023, DJe de 13/3/2023).

Outrossim, segundo entendimento já adotado, não há preponderância da circunstância definida no artigo 61, inciso I, do CP em relação à atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea “d”, da referida *Lex*, já que ambas são de caráter pessoal, sequer podendo-se dar maior relevância a especificidade da reiteração, pois, por si só, não torna a conduta de intensidade tão aguda a ensejar, sem devida motivação, elevação da reprimenda em fração superior a 1/6, sem a

existência de outras recidivas, tampouco torna nos termos do artigo 67 do CP esta agravante preponderante em relação à atenuante da confissão espontânea.

Bem por isso, a confissão deve ser integralmente compensada com a agravante considerada, diante do que consta da primeira parte do Tema 585 julgado pelo c. STJ, afirmando não preponderar sobre a confissão a reincidência, ainda que específica.

Confira-se:

Tema 585 STJ: É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não. Todavia, nos casos de multirreincidência, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

Transcreve-se, ainda, em reforço ao que ora se decide, ementas de julgados do e. STJ e, também, desta c. Corte.

Julgado do e. STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL RECUSADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. REQUISITOS SUBJETIVOS NÃO PREENCHIDOS. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DOSIMETRIA. AGRAVANTE REFERENTE À CALAMIDADE PÚBLICA. DELITO COMETIDO DURANTE O ISOLAMENTO SOCIAL EM RAZÃO DA PANDEMIA DA COVID-19. FALTA DE NEXO DE CAUSALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. CABIMENTO. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO. [...]VI - A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do habeas corpus n.

365.963/SP, em 11/10/2017, firmou entendimento da "possibilidade de se compensar a confissão com o gênero reincidência, irradiando seus efeitos para ambas espécies (genérica e específica), **ressalvados os casos de multireincidência**". VII - In casu, é possível a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal. Agravo regimental parcialmente provido. (AgRg no HC 703.762/SP, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2022, DJe 25/03/2022).

C. Tribunal de Justiça:

Na segunda fase, ao contrário do afirmado pela Defesa, foi reconhecida a atenuante da confissão, mas **como o réu ostenta duas condenações anteriores definitivas (fls. 39/41), inviável a simples compensação. Assim, uma das condenações foi compensada pela confissão e a pena foi corretamente exasperada em mais 1/6** ficando definitivamente estabelecida em 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e 777 dias-multa, de valor unitário mínimo (TJSP; Apelação Criminal 1501922-36.2019.8.26.0616; Relator (a): Alexandre Almeida; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 5ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 06/07/2020; Data de Registro: 06/07/2020 – grifo nosso).

Portanto, deflagrado o efeito mitigador da atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea “d”, do CP, a pena inicial agora redimensionada deve ser mantida na fase intermediária de sua composição.

Na terceira fase, presentes as causas de aumento do concurso de agentes e emprego de arma de fogo, a sanção foi elevada em frações cumulativas de 1/3 seguida de mais 2/3.

E, na hipótese, não prospera a alegação defensiva postulando o

afastamento da majorante do uso de arma de fogo, em razão de possível ausência de perícia do artefato bélico usado na ação.

A majorante relativa ao emprego de arma de fogo restou demonstrada.

De se observar que o uso ostensivo do artefato bélico, consoante nossa melhor jurisprudência, pode ser comprovado mediante a **simples menção pela vítima da utilização de arma durante a ação, tal como ocorreu na espécie.**

A propósito:

ROUBO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA PARA A COMPROVAÇÃO DE SEU POTENCIAL OFENSIVO. DESNECESSIDADE. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. ORDEM DENEGADA. I. Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato. II. Lesividade do instrumento que se encontra in re ipsa. III. A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima - reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente - ou pelo depoimento de testemunha presencial. IV. Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. V. A arma de fogo, mesmo que não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves. VI. Hipótese que não guarda correspondência com o roubo praticado com arma de brinquedo. VII. Precedente do STF. VIII. Ordem indeferida. (HC 93353, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 04/11/2008, DJe-236 DIVULG 11-12-2008 PUBLIC 12-12-2008 EMENT VOL-02345-01 PP-00149).

No mesmo sentido o seguinte julgado do c. Superior Tribunal de

Justiça:

HABEAS CORPUS

[...]

2. No que diz respeito ao pleito de afastamento da majorante relativa ao emprego de arma, a Terceira Seção do STJ, no julgamento do EREsp n. 961.863/RS, pacificou o entendimento no sentido de que a incidência da aludida majorante prescinde de apreensão e perícia da arma, notadamente quando comprovada sua utilização por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima ou mesmo de testemunhas.

[...]

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 352.285/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 18/05/2016).

No caso, a vítima foi enfática ao referir que o agente roubador, após segui-la até o interior da empresa, anunciou o roubo, sacando de sua cintura uma arma, com a qual a subjugou e retirou de sua posse a bolsa com seus bens e dinheiro.

Bem por isso, nada afasta a incidência da hipótese prevista no artigo 157, § 2º-A, inciso I, da Lei penal.

Nem se diga que o encontro de uma arma de fogo no veículo em que o sentenciado foi detido junto com seu amigo, obrigava a realização da reclamada perícia para justificar a majorante em questão.

No caso, visto que a detenção dos suspeitos ocorreu apenas uma semana após os fatos, nada evidencia que dito artefato apreendido era o mesmo usado na rapina em apreço.

Nesse contexto de se concluir, como visto, pela suficiência das palavras da vítima para a caracterização da exasperante ora debatida, não sendo a

perícia da arma posteriormente encontrada imprescindível para a caracterização da circunstância em questão.

Já o concurso de agentes restou cabalmente comprovado.

A vítima, apresentou em solo policial, filmagens da câmera de segurança que flagraram parte da ação delitiva, em que o acionado foi visto desembarcando do automóvel conduzido por um comparsa e posteriormente em fuga na garupa de uma moto pilotada por outro agente que também o lhe auxiliou na rapina, algo a comprovar que a ação foi perpetrada por ao menos três agentes, o que é suficiente para incidência da majorante.

Nessas condições, é mesmo indiferente a identificação e condenação dos demais coautores dos fatos para fins do artigo 157, § 2º, inciso II, do CP, quando a participação de mais de um meliante está atestada por outros elementos dos autos.

Contudo, o implemento imposto comporta adequação.

No tocante, através de interpretação sistemática do artigo 68, parágrafo único, do CP, em conjunto com os princípios orientadores do direito penal, a jurisprudência predominante firmou o entendimento de que a faculdade conferida por dito dispositivo ao juiz possibilita a aplicação cumulativa das causas de aumento de pena previstas na parte especial, não estando ele obrigado a fazer incidir apenas uma das causas majorantes.

Confira-se o texto do citado artigo:

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

Transcreve-se, também trecho do seguinte julgado:

(...) 2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que, a teor do art. 68, parágrafo único, do Código Penal, é possível, de forma concretamente fundamentada, aplicar cumulativamente as causas de aumento de pena previstas na parte especial, não estando obrigado o julgador somente a fazer incidir a causa que aumente mais a pena, excluindo as demais (AgRg no HC n. 644.572/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 9/3/2021, DJe 15/3/2021). 2. É legítima a aplicação cumulada das majorantes, no crime de roubo, quando as circunstâncias do caso concreto demandarem uma sanção mais rigorosa, destacado especialmente por elementos como o modus operandi do delito (AgRg no AREsp n. 2.084.839/SE, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 13/6/2022).

No entanto, é indubitável que para tal fim, a jurisprudência também consolidou o entendimento no sentido de que o julgador não pode incrementar a pena na terceira fase, com aplicação de fração superior à fração mínima prevista em lei ou cumulativamente, com base unicamente no número de majorantes. Para se proceder ao aumento ora em apreço, também é necessária a fundamentação com base em circunstâncias do caso concreto.

Nesse sentido, confira-se o enunciado da Súmula 443 do C. STJ: “*O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes*”.

In casu, apesar da motivação expressada pelo sentenciante para majoração da sanção, usou ele de fundamentos genéricos para justificar o implemento efetivado.

Conforme se pode observar da atenta leitura do julgado, o juiz da origem quando do cálculo da pena fez mera referência ao número de causas de aumento consideradas, deixando de justificar em dados concretos o aumento que

procedeu, apenas elencado o concurso de agentes e uso de arma de fogo para implementar o acréscimo da sanção, algo que, s.m.j., não atende às exigências previstas no entendimento jurisprudencial para a conjugação de aumentos, já que não há qualquer elemento individualizador do ato, baseado em dados concretos do crime.

Sendo assim, não houve o devido cotejo da razão que o concurso de pessoas e o emprego de artefato bélico tornaram mais gravosa a conduta do meliante, a justificar a aplicação cumulativa das frações de aumento da sanção.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente desta C. Câmara Criminal:

1-) Apelação criminal. Roubo majorado (concurso de agentes, restrição da liberdade da vítima e emprego de arma de fogo). [...] 5-) A dosimetria comporta ajuste somente quanto ao delito de roubo. [...] Na terceira fase, quanto ao roubo, há três causas de aumento, concurso de agentes, restrição da liberdade da vítima e uso de arma de fogo, em razão disso, ocorreu aumento de 1/3 e, depois, de 2/3, sem contudo se justificar esses acréscimos, melhor solução é usar do disposto no art. 68, parágrafo único, do Código Penal, com aumento de 2/3, alcançando-se sete (7) anos e seis (6) meses de reclusão e dezoito (18) dias-multa. (...) (TJSP; Apelação Criminal 1500401-71.2021.8.26.0556; Relator (a): Tetsuzo Namba; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Jaboticabal - Vara Criminal; Data do Julgamento: 13/06/2022; Data de Registro: 13/06/2022 g. n.)

Roubo qualificado – Reconhecimento na delegacia de polícia – Art. 226, do Código de Processo Penal – Providência que deve ser observada quando possível – Precedentes – Preliminar rejeitada; Roubo qualificado – Palavra da vítima – Reconhecimento na delegacia e em juízo – Depoimentos dos policiais militares responsáveis pela prisão – Negativa isolada e não comprovada do acusado – Prova segura – Condenação mantida – Pena base estabelecida no mínimo legal – Menoridade relativa – Redução – Impossibilidade – Súmula nº 231, do Superior Tribunal de Justiça

– Presença de mais de uma qualificadora – Aumento superior a 1/3
– Ausência de justificativa na sentença, a não ser o número de causas de aumento – Súmula nº 443, do Col. Superior Tribunal de Justiça – Regime semiaberto – Possibilidade – Recurso provido em parte para adequação da pena. (TJSP; Apelação Criminal 1514063-19.2021.8.26.0228; Relator (a): Alexandre Almeida; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Guarujá - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 26/04/2022; Data de Registro: 26/04/2022 g. n.);

Apelação – Latrocínio, Roubo majorado pelo concurso de pessoas e emprego de arma de fogo, e Corrupção de menores - Recurso defensivo – Absolvção – Improcedência – Materialidade e autoria demonstradas – Participação do adolescente na empreitada criminosa - Os depoimentos da vítima e das testemunhas, aliados aos demais elementos de convicção obtidos no curso do processo, são suficientes para embasar o decreto condenatório – Dosimetria – Pena-base fixada no mínimo legal - Emprego de arma de fogo e concurso de pessoas caracterizados pela prova oral – Diminuição da fração aplicada para 1/3 – Súmula 443, do S.T.J. – Reconhecimento do concurso formal entre os crimes de roubo e latrocínio, e o delito de corrupção de menores, com aplicação do cúmulo material benéfico - Inteligência do art. 70, parágrafo único, do Código Penal - Regime inicial fechado mantido – Recurso parcialmente provido. (TJSP; Apelação Criminal 0005583-16.2015.8.26.0268; Relator (a): Salles Abreu; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Itapeverica da Serra - 3ª Vara; Data do Julgamento: 09/05/2018; Data de Registro: 11/06/2018).

Repara-se a sentença também nesse ponto, e em atenção ao disposto no artigo 68, parágrafo único, do CP, majora-se a pena em fração única de 2/3, nos termos do artigo 157, § 2º-A, inciso I, do CP, por ser a que mais aumenta a reprimenda e por ser o uso de arma mais reprovável mercê de seu potencial vulnerante.

E, limitado o implemento nesta fase a pena definitiva fica estabelecida em 8 (oito) anos de reclusão, mais o pagamento de 20 (vinte) dias-multa, sendo o

valor unitário mínimo adequado ao caso, ante a ausência de informações acerca da condição econômica do sentenciado.

A seu turno, o regime inicial fechado para cumprimento da não demanda qualquer correção.

Isso porque, conquanto não tenha o montante de pena imposto superado 8 anos, o crime contou com graves circunstâncias judiciais e o condenado ostenta deletéria condição pessoal visto ser reincidente específico, algo que não favorece sua submissão a meios prisionais mais brando, pois evidentemente inoperantes para a retribuição pelo malfeito e inaptos para deflagrar a esperada terapêutica penal.

Não pode passar despercebido, que para a escolha do regime prisional mais adequado é imprescindível a observância tanto do montante de pena imposto, como também, da análise conjunta das circunstâncias do crime e condições pessoais do apenado, aqui, como visto, todas negativas, o que inquestionavelmente autoriza nos termos do artigo 33, §§ 2º, “a” e 3º, do CP, a eleição do regime prisional mais intenso para o desconto da pena.

In verbis:

Art. 33 A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

(...).

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena

far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

(...).

Inviável, igualmente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou mesmo o *sursis* da pena pois vedados pelo disposto nos artigos 44, incisos I, II e III e § 3º e 77, incisos I e II, ambos do CP.

Confira-se:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

(...).

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

(...).

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e

personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

Ausentes outras questões, mantém-se a prisão preventiva do sentenciado Marcondes Lopes da Silva, nos termos dos artigos 312 e 313 do CPP, pois subsistem os motivos que ensejaram sua imposição, ainda mais agora que os indícios de autoria e materialidade do crime imputado foram confirmados em sede de juízo exauriente.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao pelo de Carlos Henrique dos Santos para **absolve-lo, nos termos do artigo 386, inciso VII, do CP, da imputação de prática do crime capitulado no artigo 157, § 2º, inciso II e § 2º-A, inciso I, do CP e DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso de Marcondes Lopes da Silva, apenas para **ajustar o cálculo da pena, mitigando-se o implemento da basilar, bem assim, compensando-se integralmente a agravante prevista no artigo 61, inciso I, do CP, com a atenuante descrita no artigo 65, inciso III, alínea “d”, da referida Lei penal e, ainda, limitar o aumento da sanção imposto na derradeira etapa de seu cálculo à fração única de 2/3, nos termos do artigo 68, parágrafo único, do CP, com consequente mitigação da reprimenda para o montante de 8 (oito) anos de reclusão, mais o pagamento de 20 (vinte) dias-multa, no valor unitário mínimo, a ser cumprida no regime inicial fechado.**

Expeça-se alvará de soltura **clausulado** em favor do denunciado **Carlos Henrique dos Santos**.

RENATO GENZANI FILHO

Relator