



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000444823

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1516292-93.2024.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes MARCELO BARBOSA DA ROSA e MARCELO FRANCISCO FALCONE OU FALCONI, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento aos recursos para, preservada a condenação de ambos réus como incurso nos artigos 157, § 2º, II, por duas vezes, c.c. 70, caput, c.c. 14, II; e 157, § 2º, II, c.c. 14, II, na forma do artigo 71, caput, todos do Código Penal, a) corrigir erro aritmético e afastar a regra do artigo 72 do estatuto repressivo em relação à continuidade delitiva; e, via de consequência, b) reduzir as penas de 1) Marcelo Barbosa da Rosa ao cumprimento de 06 (seis) anos, 05 (cinco) meses e 11 (onze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 28 (vinte e oito) dias-multa, no piso; e 2) Marcelo Francisco Falcone ao cumprimento de 07 (sete) anos, 06 (seis) meses e 07 (sete) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 35 (trinta e cinco) dias-multa, no valor unitário mínimo. Mantidas as prisões preventivas pelos motivos antes esposados na fundamentação. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente sem voto), TEIXEIRA DE FREITAS E ZORZI ROCHA.

São Paulo, 7 de maio de 2025.

GILBERTO CRUZ

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1516292-93.2024.8.26.0050
28ª Vara Criminal Central da Capital
Apelantes: Marcelo Barbosa da Rosa e Marcelo Francisco Falcone
Apelado: Ministério Público
Magistrada: Dra. Fernanda Galizia Noriega

Voto nº 27053

DIREITO PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. ROUBOS MAJORADOS TENTADOS. RECURSOS DEFENSIVOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

I. Caso em Exame.

1. Recursos de apelação interpostos pelas defesas contra r. sentença que condenou, por três crimes de roubo majorado tentado, (a) Marcelo Barbosa da Rosa a 06 anos, 05 meses e 11 dias de reclusão em regime inicial fechado e 35 dias-multa, no piso; e (b) Marcelo Francisco Falcone a 07 anos, 06 meses e 09 dias de reclusão em regime inicial fechado e 39 dias-multa, no valor unitário mínimo.

II. Questão em Discussão.

2. Analisar os pedidos de (i) recurso em liberdade; (ii) absolvição de Marcelo da Rosa, por insuficiência probatória, em relação ao delito que vitimou R. de S.V.; ou, subsidiária e sucessivamente, (iii) reconhecimento da desistência voluntária; (iv) desclassificação para constrangimento ilegal, simples e com lesão corporal leve; (v) recondução das iniciais aos pisos; (vi) redução pelo *conatus* na fração máxima; e (vii) minoração da pena de Marcelo Falcone em razão da delação.

III. Razões de Decidir.

3. Incabível o recurso em liberdade por estarem presentes os requisitos da custódia cautelar ratificada na r. sentença, inexistindo fato novo ou constrangimento ilegal a justificar *habeas corpus* de ofício. 4. A materialidade e a autoria dos três crimes restaram demonstradas pelas declarações das vítimas corroboradas pelos depoimentos dos policiais civis, tudo em harmonia com o conjunto probatório. 5. O réu Marcelo Falcone confessou todas as imputações em comparsaria e Marcelo da Rosa foi reconhecido, por fotografia e pessoalmente, pelos ofendidos D. de A.F. e J.F. da S.J. na fase inquisitiva; e por R., em Juízo, sob o crivo do contraditório, tornando isolada sua negativa parcial. 6. Comprovado que os acusados, se passando por policiais, abordaram as vítimas, chegaram a algemá-las, ameaçaram-nas de morte e só se detiveram em seus intuítos em razão da reação delas e da presença de terceiros, não há que se falar em desistência voluntária ou desclassificação. 7. Razoável e proporcional a fixação das iniciais de todos os crimes 1/3 acima dos pisos com fundamento na culpabilidade acentuada (falsa identificação funcional com uso de distintivos e crachás inautênticos), circunstâncias delitivas (truculência, restrição parcial da liberdade dos ofendidos e emprego de violência real) e maus antecedentes. 8. Correta a mitigação das

penas pela tentativa no coeficiente mínimo de 1/3 em razão do *iter criminis* percorrido. 9. Inviável a redução das sanções de Marcelo Falcone nos termos do art. 14 da L. 9.807/99 porque os ofendidos D. e J. já haviam fornecido imagens de câmeras de segurança à polícia e identificado Marcelo da Rosa por fotografia, tornando ineficaz a colaboração do corréu. 10. De rigor a correção de erro aritmético na pena privativa de liberdade final de Marcelo Falcone e o afastamento das somas das pecuniárias dos crimes continuados em relação a ambos os réus.

IV. Dispositivo e Tese.

11. Recurso parcialmente provido para (a) retificar erro de cálculo na última etapa dosimétrica, bem como afastar a regra do art. 72 do CP em relação à continuidade delitiva; e, via de consequência, (b) reduzir as penas de (i) Marcelo Barbosa da Rosa a 06 anos, 05 meses e 11 dias de reclusão em regime inicial fechado e 28 dias-multa, no piso; e (ii) Marcelo Francisco Falcone a 07 anos, 06 meses e 07 dias de reclusão em regime inicial fechado e 35 dias-multa no valor unitário mínimo.

Teses de julgamento: 1. Presentes os requisitos da prisão preventiva e à míngua de fato novo, inviável o recurso em liberdade por réu que permaneceu preso durante o processo. 2. A palavra da vítima de crime patrimonial e os testemunhos policiais têm elevado valor probatório, mormente se harmônicos com os demais elementos coligidos aos autos. 3. A desistência voluntária pressupõe a comprovação de que o agente poderia prosseguir na empreitada criminosa e não o fez por livre iniciativa própria. 4. A fração de redução pela tentativa deve ser proporcional ao *iter criminis* percorrido e à maior ou menor proximidade da consumação. 5. A diminuição de pena do art. 14 da L. 9.807/99 exige que a delação seja eficaz e decisiva para as investigações ou o processo penal. 6. A regra do art. 72 do CP é restrita ao concurso formal ou material e não se aplica ao crime continuado.

Legislação Citada: CP, arts. 14, II; 15; 59; 70, *caput*; 71, *caput*; 72; 129, *caput*; 146, *caput* e § 2º; 147, *caput*; 148 e 157, § 2º, II; L. 9.807/99, art. 14; CPP, arts. 312 e 313.

Jurisprudência Citada: STF – HC 89.824/MS; STJ – Tema 1214, AgsRgs nos HCs 824.787/SP, 809.351 e 557.261/PB, AgsRgs nos AREsps 2.315.553/MG e 2.256.875/MG, REsp 1.760.809/SP, EDcl no AgRg no HC 753.304/RS, HC 118.030/SP, AgRg no REsp 1.952.970/MG e RHC 34.998/RJ.

Trata-se de recursos de apelação contra a r. sentença de fls. 434/450, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente a ação penal e condenou os réus como incursos nos artigos 157, § 2º, II, por duas vezes, c.c. 70, *caput*, c.c. 14, II; e 157, § 2º, II, c.c. 14, II, na forma do artigo 71, *caput*, todos do Código Penal, fixando as penas de 1) **Marcelo**

Barbosa da Rosa em 06 (seis) anos, 05 (cinco) meses e 11 (onze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 35 (trinta e cinco) dias-multa, no valor unitário mínimo; e 2) **Marcelo Francisco Falcone** em 07 (sete) anos, 06 (seis) meses e 09 (nove) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 39 (trinta e nove) dias-multa, no piso. Mantidas as custódias cautelares processuais. Custas *ex lege*, observada a gratuidade da justiça.

Inconformados, os réus apelaram, tendo a defesa de **Marcelo da Rosa** pugnado 1) a absolvição por insuficiência probatória em relação ao segundo crime, pois 1.1) os policiais ofereceram mero “*testemunho de ouvir dizer*” (*hearsay testimony*); e 1.2) a vítima foi vacilante ao fazer o reconhecimento pessoal na delegacia e sua versão em juízo é insuficiente para, por si só, lastrear a condenação, mormente em razão da “*contaminação pelo 'caso penal'*” de que fez parte. Subsidiariamente, buscam 2) o reconhecimento da desistência voluntária – subsistindo, no máximo, a ameaça e o sequestro – pois, de forma livre e espontânea, 2.1) desalgemaram D. e J. e lhes devolveram seus telefones ainda no curso da primeira ação delitiva; e 2.2) na segunda ocasião, decidiram ir embora após algemarem R. e nada subtraíram; ou 3) a desclassificação para os crimes de constrangimento ilegal simples (vítimas D. e J.) e com lesão corporal leve (vítima R.). Caso mantida a capitulação da r. sentença, clamam pela 4) mitigação das penas mediante a 4.1) recondução das bases aos pisos, porquanto 4.1.1) as lesões corporais suportadas pelo ofendido R. são inerentes ao tipo; e 4.1.2) mesmo que tal circunstância pudesse fundamentar a exasperação das penas-base do crime contra ele cometido, nada justifica sua extensão ao delito que vitimou D. e J.; e 4.2) aplicação da fração diminutiva máxima de 2/3 (dois terços) pela tentativa no segundo fato, tendo em vista que sequer chegaram a pegar qualquer bem da vítima. A defesa de **Marcelo Falcone** pleiteia, ainda, 5) a incidência da causa de diminuição de pena do artigo 14 da Lei nº 9.807/99 em razão da delação; ao passo que a de **Marcelo da Rosa** requer 6) a concessão do direito de

recorrer em liberdade (fls. 455/456, 466, 473/480 e 506/515).

As insurgências foram regularmente processadas e contrariadas (fls. 485/490 e 522/526).

A d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento dos recursos (fls. 541/566).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Prima facie, o pedido de recurso em liberdade formulado pelo réu **Marcelo da Rosa** não prospera.

Incabível se mostra nesta fase de julgamento da apelação o conhecimento do pleito; e não há constrangimento ilegal a justificar *habeas corpus* de ofício, ressalte-se. Por outro vértice, inexistente fato novo e, assim, inalterados se apresentam os requisitos da prisão preventiva ratificados na r. sentença, cujos fundamentos estão sedimentados (fl. 449) e são amplamente corroborados pela jurisprudência¹.

Ultrapassada essa questão prefacial, no mérito, as irresignações comportam parcial acolhida nos limites abaixo estabelecidos.

Restou comprovado que **Marcelo Barbosa da Rosa** e **Marcelo Francisco Falcone**, no dia 12 de março de 2024, por volta de 20h20, na rua Rio Amazonas, altura do nº 133, São Miguel, nesta Capital, previamente ajustados e em unidade de desígnios, tentaram subtrair, para proveito comum, mediante violência real e grave ameaça, 02 (dois)

¹ “6. Outrossim, verifica-se que o entendimento abraçado pelas instâncias ordinárias encontra-se em harmonia com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que, tendo o agravante permanecido preso durante todo o andamento da ação penal, não faria sentido, ausentes alterações nas circunstâncias fáticas, que, com a superveniência da condenação, lhe fosse deferida a liberdade. 7. Ora, ‘a existência de édito condenatório enfraquece a presunção de não culpabilidade, de modo que seria incoerente, não havendo alterações do quadro fático, conceder, nesse momento, a liberdade’ (RHC n. 105.918/BA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 12/03/2019, DJe 25/03/2019). 8. Eventuais condições subjetivas favoráveis, tais como primariedade, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva. 10. Agravo regimental a que se nega provimento” (STJ – AgRg no HC nº 824.787/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 14.08.2023).

telefones celulares pertencentes a D. de A.F. e J.F. da S.J., somente não consumando o delito por circunstâncias alheias às suas vontades.

Consta, ainda, que os acusados, no dia 20 de março de 2024, por volta de 13h35, na estrada Dom João Nery, altura do nº 4.123, Jardim Bartira, nesta Capital, agindo novamente em concurso, tentaram subtrair, para proveito comum, mediante violência real e grave ameaça, um caminhão e bens pessoais de R. de S.V., somente não consumando o delito por circunstâncias alheias às suas vontades.

A materialidade está consubstanciada no laudo de exame de corpo de delito da vítima R. (fls. 17/18), autos de reconhecimento fotográfico e pessoal (fls. 15, 23/28, 110, 112 e 114), relatório de investigações (fls. 102/106) e na prova oral.

A autoria, igualmente, é incontroversa e sequer foi questionada por **Marcelo Falcone**, que, aliás, é confesso. Ouvido em Juízo, disse que é usuário de drogas e conheceu o corréu “*na Vila*”, quatro ou cinco meses antes. Vestido de policial civil, liderava a abordagem das vítimas enquanto o comparsa lhe dava apoio. Na primeira ocasião, tinha informações privilegiadas sobre o casal e sabia que eles possuíam uma *Toyota/Hilux* branca. Iniciou o assalto, mas ficou em dúvida sobre prosseguir porque o veículo no qual as vítimas estavam embarcando era azul. Acabou por desistir, retirou as algemas, devolveu-lhes os pertences e foi embora. Quanto ao segundo crime, abordou o ofendido com sua fantasia de policial civil e o algemou. Entrou no caminhão para procurar dinheiro, mas como não achou, preferiu fugir correndo. Estava “*muito louco*” sob o efeito de *cocaína* nas duas ocasiões. Nos dois casos só portava um simulacro de arma de fogo (disponível no e-SAJ).

Por sua vez, **Marcelo da Rosa** confirmou somente ter abordado D. e J. juntamente com o comparsa, acrescentando que “*na hora, bateu arrependimento*” e devolveu os celulares do casal. Depois disso,

cortou o contato com **Marcelo Falcone** e não participou da ação que vitimou R. (disponível no e-SAJ).

Ora, a confissão judicial – total ou parcial –, como se sabe, é elemento importantíssimo de prova que somente pode ser desconsiderada em virtude da presença de circunstâncias excepcionais – exaustivamente comprovadas – que tornem duvidoso seu valor. Do contrário, não há motivo para descartá-la, pois ninguém assume a autoria de um delito sem que o tenha efetivamente praticado.

A versão de **Marcelo da Rosa**, no entanto, não está em plena consonância com a prova dos autos.

Com efeito, a vítima J.F. da S.J. declarou que na noite dos fatos, ajudou sua esposa a fechar o hortifrúti de que são proprietários e ambos foram andando até a rua de trás, onde haviam deixado a caminhonete. Quando iam embarcar, foram abordados pelos réus. Eles chegaram a pé, se identificaram como policiais e disseram que estavam investigando “*uma denúncia*”. Foi algemado e um dos assaltantes colocou uma arma em sua cabeça, mas não chegou a encostar; o outro só colocou a mão na cintura, fazendo menção de estar armado. O artefato parecia verdadeiro, mas não pode afirmar com certeza. Eles tomaram seus celulares e mandaram entrar no carro para ir até o 63º Distrito Policial. Desconfiou da suposta identificação funcional porque não viu viatura; além disso, o ladrão mais jovem – posteriormente reconhecido como **Marcelo da Rosa** – era muito novo e “*tinha cara de noia*”. Questionou o mais velho e ele exibiu um distintivo. Redarguiu que aquele objeto poderia ser comprado em qualquer lugar e que o correto seria mandarem uma intimação, e não simplesmente aparecerem depois das 20h. Houve alguma insistência, porém a ação se passou em frente a uma igreja e havia algumas pessoas por ali. Os roubadores provavelmente ficaram com medo de alguém de fato chamar a

polícia, disseram que iam soltá-lo e que deveria ir depor no dia seguinte. Na sequência, saíram caminhando, mas voltaram e devolveram os celulares. Como os aparelhos eram *iPhone*, acredita que eles pensaram que poderiam ser rastreados. Depois foram embora e pegaram um ônibus na avenida de baixo. No dia seguinte, foi até o 63º D.P., onde constatou que não havia nada em seu nome e lavrou a ocorrência. Algum tempo depois, foi chamado para ir até Franco da Rocha e fez o reconhecimento pessoal de **Marcelo Falcone**; na mesma ocasião, reconheceu **Marcelo da Rosa** por fotografia, especialmente em razão da tatuagem que ele ostenta no pescoço. Passados alguns dias, voltou a Franco da Rocha e ratificou o segundo reconhecimento na modalidade pessoal (disponível no e-SAJ).

D. de A.F. confirmou a versão oferecida pelo marido J., pontuando, em acréscimo, que ambos foram presos com uma algema só. O criminoso mais velho parecia “*drogado*”, mas estava vestido de policial, com distintivo e crachá, e o mais novo, à paisana. Quando J. os questionou sobre onde estava a viatura, eles sacaram armas e ameaçaram matá-los caso eles não entrassem em sua própria caminhonete. Depois, revistaram-nos e pegaram seus celulares, mas não o dinheiro que J. tinha no bolso. Durante a discussão entre seu consorte e um dos agentes sobre a questão da viatura, **Marcelo Falcone** e **Marcelo da Rosa** disseram a ele: “*você quer morrer*”. Neste momento, gritou e conseguiu chamar a atenção de algumas pessoas que estavam em frente à igreja; no entanto, nenhuma delas se aproximou ou interveio. Recorda-se que os réus estavam falando ao celular com alguém durante a ação delitiva. Depois dos fatos, teve acesso a imagens gravadas por câmeras de segurança nos arredores e pôde vê-los indo a pé até o ponto de ônibus logo após a tentativa de assalto. Também foi a Franco da Rocha em duas oportunidades: na primeira, reconheceu **Marcelo Falcone** pessoalmente e **Marcelo da Rosa** por fotografia; depois retornou e repetiu o segundo ato na forma pessoal (disponível no e-SAJ).

R. de S.V. relatou que estava em um posto de gasolina

quando foi abordado pelos acusados. Um deles tinha um distintivo, apresentou-se como policial, fez várias perguntas sobre o caminhão e depois disse que teria de acompanhá-los até a delegacia. Foi algemado e colocado na cabine. Inicialmente, acreditou que se tratava de autoridades e procurou não reagir; momentos mais tarde percebeu que não havia viaturas por perto e achou muito estranho quando ambos também subiram na boleia. Assim que decidiu falar que eles não eram policiais, **Marcelo Falcone** puxou um simulacro de arma de fogo e mandou que calasse a boca, caso contrário levaria um tiro. Começou a se debater e gritar; eles primeiro tentaram segurá-lo – inclusive rasgando sua roupa –, depois fugiram correndo sem levar nada. Conseguiu destravar a porta e pediu socorro, mas eles já estavam longe. Estava em choque, tremendo muito, e já não viu mais ninguém. Foi auxiliado pelos frentistas, que acionaram a polícia. Um deles chegou a ver os criminosos correndo na avenida a mais de trezentos metros de distância. Ficou algemado durante cerca de vinte e cinco minutos e suas mãos ficaram muito machucadas, sangrando, com os punhos inchados. Pelo que se lembra, o simulacro era bem mal feito, por isso reagiu. Acredita que os ladrões acharam muito arriscado tentar levar o caminhão porque havia muitas pessoas no posto. Horas depois recebeu um telefonema de um investigador e foi até o distrito, onde reconheceu **Marcelo Falcone**. Passados alguns dias, foi chamado para fazer o mesmo em relação a **Marcelo da Rosa**. Voltou a apontar os dois réus, em Juízo, com segurança, como os perpetradores do fato (disponível no e-SAJ).

Não se deslembre que a palavra do ofendido no crime de roubo merece especial valor. Normalmente por desconhecer o autor do crime, a vítima busca, com suas declarações e com o reconhecimento pessoal feito em Juízo, colaborar para apuração da verdade, isenta de interesse escuso na punição gratuita e indevida de inocentes².

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” (STJ – AgRg no AREsp nº 2.315.553/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 19.09.2023, DJe 25.09.2023).

A corroborar os relatos prestados sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, a perícia constatou que R. de S.V. sofreu lesões corporais de natureza leve causadas por agente contundente, consistentes em *“escoriações com crosta hemática localizadas ao redor do punho direito e esquerdo e na face anterior do pescoço”* (fls. 17/18), perfeitamente compatíveis com os fatos narrados.

Em reforço, os policiais civis Felipe Eduardo Eiras e Rodrigo Izaac Leite Rosa, dois dos responsáveis pelas investigações que culminaram nas prisões dos réus, narraram os fatos de forma harmônica e segura. Durante as investigações de um roubo ocorrido em Mairiporã, foram expedidos mandados de prisão temporária e de busca e apreensão em desfavor de **Marcelo Falcone**. Considerando a peculiaridade do *modus operandi* – envolvendo o uso de roupas e acessórios para se passar por policial civil –, pesquisaram na base de dados e chegaram ao caso do *“casa/ do hortifrúti”* e do motorista de caminhão. Convidaram as vítimas a comparecerem ao distrito e as três reconheceram aquele acusado como coautor dos crimes. Ainda preso temporariamente por outro processo, **Marcelo Falcone** informou a participação de **Marcelo da Rosa** e forneceu o endereço dele. Durante as diligências na casa de **Marcelo Falcone** foi apreendida uma camiseta da Polícia Civil; no entanto, nenhuma arma, real ou réplica, foi localizada (disponível e-SAJ).

Está pacificado na jurisprudência que a condição de policial – seja militar ou civil, municipal, estadual ou federal – por si só, não invalida os seus testemunhos, porquanto eles não estão impedidos de depor e se sujeitam a compromisso como outra testemunha qualquer³.

³ Vide o sedimentado entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça: “Sobre o tema, registre-se, por oportuno, que o depoimento dos policiais responsáveis pela prisão dos recorrentes constitui meio de prova idôneo a fundamentar a condenação, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal, como ocorreu no presente caso. (...) 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” (STJ – AgRg no AREsp nº 2.256.875/MG, Rel. Min. Messod Azulay Neto, 5ª Turma, j. 06.06.2023, DJe 12.06.2023). No mesmo sentido: AgRg no HC 672.359/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, DJe 28.06.2021; e AgRg no AREsp nº 1.016.674/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, j. 16.03.2017, DJe 23.03.2017.

Inviável o reconhecimento da desistência voluntária ou a desclassificação das condutas para figuras delitivas subsidiárias, porquanto da prova colhida não se deduz que os acusados tenham cessado de forma livre e espontânea o prosseguimento na execução de qualquer um dos crimes, buscado evitar os resultados ou praticado atos autônomos divorciados das elementares típicas do artigo 157 do Código Penal. Ao contrário, é inconteste que só se detiveram em seus intuitos em razão da reação das vítimas e das circunstâncias desfavoráveis nas quais as dinâmicas criminosas foram inseridas, tratando-se, pois, de crimes de roubo tentados⁴.

Neste ponto, convém reproduzir a minuciosa e percuciente análise feita na r. sentença, *litteris*:

[...] Por outro lado, a tese de desistência voluntária não se mostra possível de ser acolhida diante das circunstâncias fáticas e peculiaridades do caso em testilha.

Da análise das provas orais produzidas é de se concluir que os réus não consumaram os roubos por circunstâncias alheias às suas vontades, e não porque desistiram em meio ao “iter criminis”. (...)

*Tanto no roubo contra as vítimas [J.] e [D.] (Fato 1) quanto no roubo contra a vítima [R.] (Fato 2), os réus realizaram atos idôneos e hábeis para obterem os eventos pretendidos. Chegaram a fazer a abordagem das vítimas, com **Falcone** fingindo ser policial civil – uso de camiseta e distintivo da instituição –, e até mesmo imobilizaram as vítimas com as algemas.*

⁴ Nesse sentido: “O reconhecimento da desistência voluntária pressupõe a comprovação de que o agente, podendo prosseguir na empreitada criminosa, dela desistiu forma voluntária, ao passo que na tentativa o agente desejava dar prosseguimento ao delito mas foi impedido por circunstâncias alheias à sua vontade” (STJ – AgRg no HC nº 809.351/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 09.09.2024, DJe 12.09.2024).

As vítimas desconfiaram da atuação dos “falsos policiais” e passaram a questionar o comportamento não convencional. O fato de não estarem com a viatura caracterizada e que seriam conduzidas ao distrito policial nos próprios veículos, causou estranheza e reação contrária às ordens dos agentes infratores.

[J.] e [D.] (Fato 1) disseram que foram abordados e algemados. [J.] desconfiou pelo fato de que não estavam com a viatura e queriam conduzi-los no próprio veículo da vítima.

A vítima [R.] (Fato 2) também estranhou que queriam utilizar o seu veículo para conduzi-la até o distrito policial, bem como percebeu que a arma utilizada era um simulacro, razão pela qual se insurgiu com ação dos réus. A sua reação, considerando que estava em local público, um posto de gasolina, certamente fez com que os réus empreendessem fuga do local por temerem ser presos.

Em outras palavras, a tese de desistência voluntária se mostra desarrazoada, porquanto os agentes não alcançaram os resultados pretendidos por circunstâncias alheias às suas vontades, o que torna caracterizada a “tentativa perfeita”. (...)

Afastada a tese de desistência voluntária, verifica-se que os pedidos de desclassificação – constrangimento ilegal (Fato 1) e constrangimento ilegal e lesão corporal leve (Fato 2) – também não comportam acolhimento.

*O réu **Marcelo Rosa** declarou que houve de sua parte arrependimento (Fato 1), razão pela qual desistiu da*

consumação do crime (Fato 1), o que não se mostra verdadeiro e aceitável. Na verdade o réu não impediu que o resultado se produzisse voluntariamente; foi obrigado a recuar em decorrência das circunstâncias alheias que não favoreciam a consumação e o locupletamento almejado. [...] – fls. 443/445.

Como visto, a causa especial de aumento de pena do concurso de agentes restou sobejamente comprovada pela prova oral no tocante aos dois fatos.

Em suma, ao contrário do alegado, a condenação dos apelantes nos moldes reconhecidos na r. sentença era mesmo de rigor.

Passa-se à dosimetria das penas.

As bases foram corretamente assentadas 1/3 (um terço) acima dos pisos para ambos os réus com fundamento na culpabilidade (reprovabilidade acentuada porque *“fingiram ser policiais civis e usaram distintivos”*), circunstâncias delitivas – anotadas, em reforço de fundamentação (Tema nº 1214/STJ⁵), a truculência com restrição parcial da liberdade das vítimas⁶ (uso de algemas) e o emprego de violência real⁷, inclusive causando lesões leves em R. (cf. laudo de fls. 17/18) – e nos maus antecedentes de **Marcelo da Rosa**⁸ e **Marcelo Falcone**⁹, perfazendo,

⁵ “É obrigatória a redução proporcional da pena-base quando o tribunal de segunda instância, em recurso exclusivo da defesa, afastar circunstância judicial negativa reconhecida na sentença. Todavia, não implicam reformatio in pejus a mera correção da classificação de um fato já valorado negativamente pela sentença para enquadrá-lo como outra circunstância judicial, nem o simples reforço de fundamentação para manter a valoração negativa de circunstância já reputada desfavorável na sentença”.

⁶ “Na hipótese, o acórdão recorrido, em observância ao princípio da individualização da pena, utilizou argumentos idôneos para considerar negativa a circunstância judicial da culpabilidade, em razão da restrição da liberdade das vítimas, do concurso de agentes e da truculência empregada contra as vítimas, decidindo em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior” (STJ – AgRg no HC nº 557.261/PB, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, j. 28.04.2020, DJe 04.05.2020).

⁷ “O emprego de violência real no crime de roubo, inclusive causando ferimentos na vítima, é fundamento apto para justificar a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal” (STJ – REsp nº 1.760.809/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, 6ª Turma, j. 05.02.2019, DJe 26.02.2019).

⁸ Cf. certidão unificada de fls. 275/279 – processos nº 0019604-11.2011.8.26.0050, trânsito em julgado em 16.11.2011; 0008592-97.2011.8.26.0050, trânsito em julgado em 16.04.2012; e 0101992-34.2012.8.26.0050, trânsito em julgado em 06.03.2015.

⁹ Cf. certidão unificada de fls. 226/236 – processos nº 0000599-14.1996.8.26.0281, trânsito em julgado em 06.02.2002; 0006004-96.2007.8.26.0361, trânsito em julgado em 30.01.2009; e 0107865-49.2011.8.26.0050, trânsito em julgado em 24.06.2014.

individualmente, 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa para cada crime.

Não se olvide, neste particular, que *“a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada, devendo o juízo competente eleger a sanção que melhor servirá para a prevenção e a repressão do crime praticado”*¹⁰, entendimento jurisprudencial efetivamente observado na hipótese.

Na segunda etapa, a dupla reincidência de **Marcelo Falcone**¹¹ foi parcialmente compensada com a confissão espontânea em relação aos dois fatos (Tema nº 585/STJ¹²), elevando-se as penas em 1/6 (um sexto), isto é, 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 15 (quinze) dias-multa para cada crime. Já a recidiva de **Marcelo da Rosa**¹³ foi compensada integralmente com a confissão espontânea em relação ao primeiro fato (vítimas D. e J.) – cujas penas permaneceram inalteradas – e utilizada para exasperar as reprimendas do segundo fato (vítima R.) em 1/6 (um sexto), obtendo-se também 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

No derradeiro estágio, as reprimendas dos dois réus foram elevadas na fração mínima de 1/3 (um terço) em virtude da causa de aumento do concurso de agentes, perfazendo 08 (oito) anos, 03 (três) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão e 20 (vinte) dias-multa para cada crime de **Marcelo Falcone**, bem como para **Marcelo da Rosa** em relação ao segundo fato (vítima R.). Quanto ao primeiro fato (vítimas D. e J.), as sanções de **Marcelo da Rosa** atingiram 07 (sete) anos, 01 (um) mês e 10

¹⁰ STJ – EDcl no AgRg no HC nº 753.304/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, j. 12.12.2022, DJe 14.12.2022.

¹¹ Cf. certidão unificada de fls. 226/236 – processos nº 0001172-22.2017.8.26.0635, trânsito em julgado em 12.04.2019 (específica); e 0090068-89.2013.8.26.0050, trânsito em julgado em 05.10.2022.

¹² “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”.

¹³ Cf. certidão unificada de fls. 275/279 – processo nº 0023427-46.2018.8.26.0050, trânsito em julgado em 18.12.2018, pena em cumprimento (PEC nº 7001813-26.2019.8.26.0050).

(dez) dias de reclusão e 17 (dezesete) dias-multa.

Reconhecido o *conatus* e considerando-se o *iter criminis* percorrido – que muito se aproximou da consumação em relação aos dois fatos, pois todas as vítimas foram abordadas, algemadas e ameaçadas de morte, só não se consumando os delitos por terem as circunstâncias impedido as subtrações –, as sanções foram proporcionalmente reduzidas no coeficiente mínimo de 1/3 (um terço), perfazendo 05 (cinco) anos, 06 (seis) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 13 (treze) dias-multa para todos os crimes de **Marcelo Falcone** e para o delito de **Marcelo da Rosa** contra R.; e 04 (quatro) anos, 08 (oito) meses e 26 (vinte e seis) dias de reclusão e 11 (onze) dias-multa em relação a **Marcelo da Rosa** no tocante ao primeiro fato (vítimas D. e J.), corrigidos, *in bonam partem*, os erros aritméticos a maior constantes da r. sentença.

Registre-se, aqui, que a delação de **Marcelo Falcone** não ensejou a identificação de **Marcelo da Rosa**, pois esta já havia sido feita fotograficamente pelas vítimas D. e J., que inclusive obtiveram imagens da ação delitiva e as entregaram à polícia (cf. relatório de investigações às fls. 102/106). Logo, não se cogita da incidência da redução prevista no artigo 14 da Lei nº 9.807/99¹⁴ por não ter sido decisiva e eficaz a colaboração¹⁵, conforme detalhadamente pontuado pela d. Procuradoria Geral de Justiça, *litteris*:

[...] *De se notar que houve o cumprimento de mandado de prisão do acusado **Marcelo Falcone**. A polícia então*

¹⁴ **Art. 14.** O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

¹⁵ Tal entendimento foi há muito assentado pelo C. STJ: “*É orientação desta Corte de Justiça que para ser concedido o benefício da delação premiada, faz-se necessária a efetiva colaboração, isto é, que as informações e declarações prestadas pelo paciente sejam relevantes e que venham a contribuir de fato com as investigações, seja na identificação dos demais corréus e partícipes, bem como na localização da vítima ou na recuperação total ou parcial do produto do crime*” (HC nº 118.030/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, j. 01.10.2009, DJe 26.10.2009 – g.n.). A posição segue firme em julgados mais recentes daquela E. Corte, cf. HC nº 233.855/MS, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, j. 12.11.2013, DJe 25.11.2013; e AgRg no REsp nº 1.883.830/PR, Rel. Min. Jesuíno Rissato (Des. Convocado do TJDF), 5ª Turma, j. 09.08.2022, DJe 18.08.2022.

*passou a realizar pesquisas com o intuito de localizar ocorrências com o mesmo “modus operandi”. Foram obtidas imagens dos crimes. As vítimas [J.] e [D.] forneceram à polícia imagens do roubo que sofreram. Naquela oportunidade, estando **Marcelo Falcone** preso, foi ele reconhecido pessoalmente pelas vítimas. Na sequência, as vítimas passaram a compulsar fotografias da polícia e acabaram identificando **Marcelo Barbosa**, que possuía tatuagem no pescoço, como o outro autor do roubo. Posteriormente, quando interrogado, **Marcelo Falcone** indicou **Marcelo Barbosa** como sendo o seu comparsa.*

*São informações que constam registradas no relatório de fls. 102/106. Vale dizer que a identificação de **Marcelo Barbosa**, como coautor do crime, se deu em razão de reconhecimento fotográfico realizado pelas vítimas. [...] – fl. 564.*

Na sequência, tendo em vista o concurso formal (CP, artigo 70) entre os dois crimes diversos cometidos contra patrimônios distintos no primeiro fato (vítimas D. e J.), operou-se a elevação das penas de um deles – porque idênticas – em 1/6 (um sexto) e, observada a regra do artigo 72 do Código Penal, obtêm-se, agora, 06 (seis) anos, 05 (cinco) meses e 11 (onze) dias de reclusão e 30 (trinta) dias-multa para **Marcelo Falcone**; e 05 (cinco) anos, 06 (seis) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 24 (vinte e quatro) dias-multa para **Marcelo da Rosa**.

Por fim, reconhecida a continuidade delitiva entre o primeiro e o segundo fato, as penas resultantes do concurso formal – porque mais graves – foram elevadas em 1/6 (um sexto), tornando-se definitivas, no recálculo e à míngua de outras modificadoras, em **07 (sete)**

anos, 06 (seis) meses e 07 (sete) dias de reclusão e 35 (trinta e cinco) dias-multa, no valor unitário mínimo, para Marcelo Falcone; e 06 (seis) anos, 05 (cinco) meses e 11 (onze) dias de reclusão e 28 (vinte e oito) dias multa, no piso, para Marcelo da Rosa.

Relembre-se, no tocante à sanção pecuniária, que a jurisprudência do E. STJ entende ser inaplicável o artigo 72 do CP – restrito às hipóteses de concursos formal ou material – aos casos em que há o reconhecimento do crime continuado¹⁶.

O regime inicial **fechado** deve ser mantido para ambos os réus, pois a gravidade concreta das condutas – já minuciosamente analisada –, as circunstâncias judiciais negativas (especialmente os maus antecedentes) e a reincidência (ademais dupla, incluindo uma específica, no caso de **Marcelo Falcone**, portanto, indicativa do descaso para com a Justiça, completa ausência de assimilação da terapêutica criminal e desinteresse na plena reintegração social daquele que optou por perpetrar a atividade criminosa como modo de vida) incompatibilizam e desautorizam o estabelecimento de regime prisional mais brando (artigos 59, III; c.c. 33, §§ 2º, “b”, e 3º, do Código Penal).

Cumpridos, nessa quadra, os comandos de fundamentação das Súmulas nº 440 e 443 do C. STJ; 718 e 719 do E. STF, independentemente da quantificação da pena-base.

Inviável a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos (CP, artigo 44, I, II e III).

Persistem os fundamentos das prisões preventivas

¹⁶ Confira-se: “A aplicação do art. 72 do Código Penal é restrita ao concurso formal e material de crimes, não incidindo nas hipóteses de crime continuado” (AgRg no AREsp nº 2.027.717/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, 6ª Turma, j. 14.06.2022, DJe 21.06.2022); ou ainda: “Nos termos da jurisprudência desta Corte, a regra do cúmulo material com relação à pena de multa, nos termos preconizados no art. 72 do CP, não se aplica aos casos em que reconhecida a continuidade delitiva, como na hipótese dos autos. Precedentes” (AgRg no REsp nº 1.952.970/MG, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, j. 07.06.2022, DJe 10.06.2022).

decretadas em desfavor dos apelantes (fl. 449), agora reforçados neste julgamento¹⁷.

Ex positis, **dá-se parcial provimento** aos recursos para, preservada a condenação de ambos réus como incursos nos artigos 157, § 2º, II, por duas vezes, c.c. 70, *caput*, c.c. 14, II; e 157, § 2º, II, c.c. 14, II, na forma do artigo 71, *caput*, todos do Código Penal, a) corrigir erro aritmético e afastar a regra do artigo 72 do estatuto repressivo em relação à continuidade delitiva; e, via de consequência, b) reduzir as penas de 1) Marcelo Barbosa da Rosa ao cumprimento de 06 (seis) anos, 05 (cinco) meses e 11 (onze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 28 (vinte e oito) dias-multa, no piso; e 2) Marcelo Francisco Falcone ao cumprimento de 07 (sete) anos, 06 (seis) meses e 07 (sete) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 35 (trinta e cinco) dias-multa, no valor unitário mínimo. Mantidas as prisões preventivas pelos motivos antes esposados na fundamentação.

GILBERTO FERREIRA DA CRUZ

Relator

¹⁷ Nesse caminho é a jurisprudência, *exempli gratia*: “Não há lógica em permitir que o réu, preso (...) durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar” (STF – HC nº 89.824/MS, Rel. Ministro Ayres Britto, Dje. 28.08.2008; HC nº 138.120/MG, Rel. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. 06.12.2016, Dje. 16.12.2016; STJ – RHC nº 34.998/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Dje 20.03.2013; AgRg no HC n. 824.787/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 14.08.2023, Dje 16.08.2023; e AgRg no HC n. 771.494/RJ, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 25.09.2023, DJe de 28.09.2023).