



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000452905

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501968-78.2024.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que são apelantes WELLYTON DE OLIVEIRA SANTOS COSTA e MARCIO ALVES DE SOUZA JUNIOR, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente sem voto), IVANA DAVID E KLAUS MAROUELLI ARROYO.

São Paulo, 7 de maio de 2025.

MENS DE MELLO
RELATOR
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Processo nº: 1501968-78.2024.8.26.0477

Apelante(s): Márcio Alves de Souza e Wellyton de Oliveira Santos Costa

Apelado(a)(s): Ministério Público

Origem: 1ª Vara Criminal da Comarca de Praia Grande

Juiz(a) Prolator(a): Dr. Gabriel Vieira Rodrigues Ferreira

Data do fato: 26/04/2024

Voto nº 38389

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PARCIAL PROVIMENTO.

I. Caso em Exame

Márcio e Wellyton foram condenados por roubo majorado, em concurso de agentes e com emprego de arma de fogo, subtraindo mercadorias e dinheiro de um estabelecimento comercial, mediante grave ameaça à vítima.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em avaliar a suficiência das provas para a condenação e a adequação da dosimetria das penas aplicadas aos réus.

III. Razões de Decidir

3. A confissão de Márcio, corroborada por provas materiais e testemunhais, sustenta a condenação.

4. A palavra da vítima e o depoimento de agentes públicos são considerados válidos e suficientes para a condenação de Wellyton, mesmo diante de sua negativa.

IV. Dispositivo e Tese

5. Parcial provimento aos recursos. Redução das penas bases e do aumento em segunda fase para Wellyton, afastamento do concurso formal, fixando a pena de Márcio em 06 anos, 11 meses e 10 dias de reclusão e 16 dias-multa, e de Wellyton em 10 anos, 04 meses e 13 dias de reclusão e 25 dias-multa.

Tese de julgamento: 1. A confissão e as provas testemunhais são suficientes para a condenação. 2. A dosimetria deve considerar a proporcionalidade e a individualização das penas.

Legislação Citada:

Código Penal, art. 157, §2º, inciso II, §2º-A, inciso I, c.c. art. 70; art. 33, §3º; art. 59.

Código de Processo Penal, art. 156; art. 202; art. 206; art. 207.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Jurisprudência Citada:

STJ, Súmula 582, sobre a consumação do roubo.

STF, sobre a validade do depoimento de agentes públicos e a teoria monista no concurso de agentes.

Ao relatório da r. sentença¹ que ora se adota, acrescenta-se que Márcio foi condenado como incurso no artigo 157, §2º, inciso II, e §2º-A, inciso I, c.c. artigo 70, todos do Código Penal, à pena de 11 anos, 04 meses e 03 dias de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 50 dias-multa; Wellyton foi condenado como incurso no artigo 157, §2º, inciso II, e §2º-A, inciso I, c.c. artigo 70, todos do Código Penal, à pena de 16 anos e 04 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 74 dias-multa

Márcio apelou² pleiteando a revisão da dosimetria, com a fixação da pena base no piso, e afastamento da majorante do emprego de arma de fogo. Pede pela fixação do regime semiaberto.

Wellyton apelou³ buscando absolvição por falta de provas. Subsidiariamente requer a revisão da dosimetria, apontando ter sido indultada condenação apontada como circunstância judicial negativa, além de faltas disciplinares que não podem ser utilizadas como vetor negativo, devendo ser reduzida a exasperação para 1/3. Aponta a ocorrência de redundância pelo reconhecimento de concurso de agentes e concurso formal, apenas um deles podendo prevalecer, sendo fixada a pena em no máximo 12 anos.

Apresentadas contrarrazões⁴.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou⁵ pelo não provimento aos recursos.

¹ Folhas 382.

² Folhas 465.

³ Folhas 471.

⁴ Folhas 479.

⁵ Folhas 510.

É o relatório.

Conforme narrado no aditamento da denúncia⁶, os réus, em 26/04/2024, agindo em concurso e com unidade de desígnios com um indivíduo não identificado, subtraíram, em proveito comum, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo contra a vítima Raquel, diversas mercadorias avaliadas em R\$ 3.000,00, bem como a quantia de R\$ 600,00, de propriedade da empresa Oxxo.

Segundo apurado, nas circunstâncias objetivas de tempo e lugar já mencionadas, os denunciados e comparsa não identificado decidiram subtrair bens de valores no estabelecimento comercial localizado no endereço indicado.

Para tanto, eles se dirigiram até a loja de conveniência e adentraram o local se passando por clientes. Logo em seguida Márcio, portando uma arma de fogo em punho, se dirigiu ao caixa, anunciou o assalto e subjugou Raquel, funcionária que estava presente no momento, exigindo a abertura de todos os caixas. Não fosse o bastante, visando causar mais temor a vítima, ele ordenou que Wellyton e o meliante não identificado também mostrassem suas armas.

Ato contínuo, enquanto o indivíduo não identificado permaneceu vigiando a loja e dando cobertura, Márcio subtraiu os valores dos caixas e Wellyton as mercadorias (consistentes basicamente em bebidas e cigarros).

Durante toda a ação criminosa, Márcio permaneceu com a arma de fogo em punho, ameaçando Raquel e pedindo para que ela colaborasse.

Antes de deixarem o local em poder dos produtos dos crimes, Marcio exigiu que a vítima entregasse seu aparelho celular, mas permitiu que ela permanecesse com o objeto após um pedido dela, todavia a ameaçou, dizendo que se ela chamasse a polícia eles voltariam para "matá-la".

Em posse das imagens das câmeras de segurança do estabelecimento vítima, os Policiais conseguiram identificar Márcio, já conhecido por suas passagens anteriores. Sua fotografia foi exibida à vítima Raquel, que

⁶ Folhas 220.

prontamente o reconheceu.

Posteriormente, no entanto, uma pessoa entrou em contato, via telefone, com a Delegacia e declarou que “*a fita do OXXO, foi feita por Marcinho, Wellynton e LG*”, desligando em seguida.

Com essas informações, a equipe entrou no Facebook de Márcio (Marcinho JNR) e localizou o perfil de Wellynton. Ato contínuo, solicitou o comparecimento da vítima, momento em que ela o reconheceu, sem sombras de dúvidas, como um dos autores do crime.

A materialidade foi demonstrada pelo boletim de ocorrência⁷, relatórios de investigação⁸ e pela prova oral, comprovando a subtração dos bens do estabelecimento vítima mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo.

A autoria recaí sobre os acusados.

O réu Márcio confessou a prática delitiva.

A confissão judicial isenta de vícios e coações, fornece elemento seguríssimo de prova, que por si só serve de lastro a condenação, exceto se provada sua insinceridade por outros elementos de convicção, sem o que a prova incriminatória se apresenta sólida e robusta, autorizando a confirmação do édito condenatório, visto que, como explica JÚLIO FABBRINI MIRABETE⁹, “*a confissão livre, espontânea e não posta em dúvida por qualquer elemento dos autos é suficiente para a condenação, máxime quando corroborada por outros elementos*”.

Destaca-se que se mostra indiferente a intenção do autor ao realizar a confissão. De acordo com Q. T. DE CAMARGO ARANHA¹⁰ “*o que importa na confissão é a voluntariedade, sendo totalmente indiferente que o confitente haja ou não desejado o efeito*”.

⁷ Folhas 03.

⁸ Folhas 14 e 186.

⁹ *Processo Penal Interpretado* – 7ª ed. – São Paulo: Atlas – 2.000 – p. 469.

¹⁰ *Da Prova no Processo Penal* – São Paulo: Saraiva – p. 79.

resultante do ato e que tenha ou não consciência desse efeito. Investiga-se apenas se a confissão foi feita sem erro ou coação. O que se confessa é a autoria de um fato, que deve ser pessoal e próprio do confitente, isto é, dizer-lhe respeito. Só havendo confissão, conhecida também, como a 'rainha das provas', quando o fato for desfavorável ao confitente”.

Ressalta FRANCESCO CARNELUCCI¹¹

que “não há no processo penal uma prova mais preciosa do que o testemunho do imputado. (...) O maior valor do testemunho do imputado está certamente na hipótese da confissão, isto é, em sua admissão do caráter de réu. (...) Visto que, segundo a experiência, é muito raro o caso em que uma pessoa invente fatos em prejuízo próprio, a confissão sempre foi considerada, também em matéria civil, uma prova segura; por isso, costuma-se chamá-la a rainha das provas”.

Acrescenta FERNANDO DA COSTA

TOURINHO FILHO¹² que: *“considerada como regina probationum (rainha das provas), não é de se estranhar a fala de Ulpiano, no sentido de que 'os que confessam em juízo devem ser tidos como julgados' (In juri confessi pro judicatis habetur)”.*

Porém, há possibilidade de insinceridade na confissão judicial.

Por isso anota o mesmo doutrinador¹³

que “a experiência tem mostrado que à confissão não se pode, nem se deve, em princípio, atribuir absoluto valor probatório. (...) para sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou discordância”.

Este é o entendimento atual em que, embora se reconheça a importância da confissão judicial, seu valor deverá ser analisado pelo juiz dentro de todo o contexto probatório, dada a necessidade da busca da verdade real para embasar a condenação, um dos corolários do Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

¹¹ *Lições sobre o Processo Penal*. Vol. 1 – 1ª ed. – Bookseller Ed – p. 312.

¹² *Processo Penal* – Vol. 3 – 3ª ed. – Bauru: Ed. Jalovi – p. 172.

¹³ *Ob. cit.* – p. 172 e 174.

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. POSSE ILÍCITA DE ARMA. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) CONFISSÃO. VALOR ABSOLUTO. CONDENAÇÃO MOTIVADA NÃO SÓ NA CONFISSÃO, MAS, TAMBÉM, NA APREENSÃO DA ARMA E NA PALAVRA DOS POLICIAIS QUE PRENDERAM EM FLAGRANTE O PACIENTE. ILEGALIDADE PATENTE. AUSÊNCIA. No contexto do Estado Democrático de Direito, não há falar em caráter tarifário da prova. Assim, o juízo de certeza que deve embasar a condenação criminal lastreia-se no conjunto probatório. Na espécie, além da confissão do paciente, militaram em seu desfavor a apreensão da arma, além da palavra dos policiais que o prenderam em flagrante. Não bastasse, de maneira analítica, a sentença ainda cuidou de examinar a insubsistência da tese defensiva, de que o paciente teria se servido da arma para o eficaz exercício profissional de transportador. Nesse contexto, tem-se por motivada a sentença condenatória. Ordem não conhecida”¹⁴.

No mesmo sentido são as decisões do Pretório Excelso, que há muito tempo vem adotando o mesmo entendimento.

“CRIME CONTRA A SEGURANÇA NACIONAL. O PRINCÍPIO BASILAR DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO É O DO LIVRE CONVENCIMENTO, AS CONFISSÕES JUDICIAIS OU EXTRAJUDICIAIS VALEM PELA SINCERIDADE COM QUE SÃO FEITAS OU VERDADES NELAS CONTIDAS. PRECEDENTES. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO”¹⁶.

“Recurso em Habeas Corpus recebido como Habeas Corpus. Princípio do livre convencimento motivado do Juiz. Valoração de provas. Confissão. Princípio do favor rei. 1. Recurso em habeas corpus, interposto contra acórdãos já transitados em julgado, que não observa os requisitos formais de regularidade providos no artigo 310 do RISTF, mas que merece ser recebido como habeas corpus. 2. Não constitui reexame de matéria fático-probatória a análise, em cada caso concreto, da força probante dos elementos de prova relativos a fatos incontroversos. 3. Vigem em nosso sistema o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual compete ao Juiz da causa valorar com

¹⁴ STJ – HC 135326/SP – rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – j. 04/12/2012.

¹⁶ STF – RC 1255/RJ – rel. Min. Cordeiro Guerra – j. 20/08/1976.

ampla liberdade os elementos de prova constantes dos autos, desde que o faça motivadamente, com o que se permite a aferição dos parâmetros de legalidade e de razoabilidade adotados nessa operação intelectual. Não vigora mais entre nós o sistema das provas tarifadas, segundo o qual o legislador estabelecia previamente o valor, a força probante de cada meio de prova. 4. Tem-se, assim, que a confissão do réu, quando desarmonica com as demais provas do processo, deve ser valorada com reservas. Inteligência do artigo 197 do Código de Processo Penal. 5. A sentença absolutória de 1º grau apontou motivos robustos para pôr em dúvida a autoria do delito. Malgrado a confissão havida, as demais provas dos autos sustentam, quando menos, a aplicação do princípio do favor rei. 6. Habeas corpus concedido”¹⁷.

No caso dos autos não existe qualquer prova ou indício que indique insinceridade, ficando patente a validade da confissão realizada para lastrear o decreto condenatório.

O corréu Wellyton negou a prática delitiva.

Sua negativa, contudo, restou isolada.

Destaca-se, quando ao ônus de prova, que cabe à acusação a prova dos fatos que ela alega. Produzida prova neste sentido, cumprido está o ônus de prova que lhe era imposto.

Neste caso, existindo alegação da defesa que se contrapõe à prova de acusação produzida, quer por indicar que os fatos se deram de forma diversa, quer por aduzir a presença de uma excludente, a ela incumbe à demonstração do alegado.

FRAMARINO DE MALATESTA¹⁸, neste sentido, afirma que “o princípio ontológico coloca o ônus de prova a cargo da acusação, quando considera as duas asserções contrárias, dos acusados e acusado, antes da produção de provas. Mas, desde o momento em que o acusador reuniu as suas provas para sustentar a sua asserção, se o acusado, em contradição à

¹⁷ STF – RHC 91691/SP – rel. Min. Menezes Direito – j. 19/02/2008.

¹⁸ A Lógica das Provas em Matéria Criminal – Campinas: Conan – 1995 – v. I – p. 145-146.

asserção do acusador, emite simples asserção contrária, não faz mais que contrapor uma asserção não provada a uma provada e como esta tem direito de ser tomada como verdadeira de preferência a não prova, sendo a presunção da verdade, neste segundo momento, a favor do acusador, a obrigação da prova incumbe ao acusado”.

GUSTAVO BADARÓ¹⁹ reforça tal entendimento ao declarar que o ônus de prova é uma “*posição jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito onerado obtenha o resultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico, sendo que a não realização da conduta implica na exclusão de tal benefício, sem, contudo, configurar ato ilícito*”.

Este é o caso dos autos onde presente está a prova de acusação e a defesa nada demonstrou acerca dos argumentos alegados.

Assim esta versão apresentada pelo réu apresenta-se desamparada de provas, provas estas que lhe incumbia produzir, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal. Como nada produziu, afasta-se.

ESPÍNOLA FILHO²⁰, que depois de frisar que o juiz pode de ofício, determinar provas, lembra que “*mantém-se, entretanto, e a isso devem as partes dar a devida atenção, no sentido de ser aquela iniciativa do juiz orientada para a apuração do que, no seu entender, se torna necessário ao esclarecimento completo da verdade, quer dirimindo dúvidas ainda não solucionadas, quer suprimindo a falta dos elementos indispensáveis*”.

Neste sentido a defesa não supriu a falta dos elementos indispensáveis para a realização da prova, visto que não indicou testemunhas, nomes, endereços ou quaisquer provas ou indícios que roborassem o alegado.

Como complementa o festejado autor, na interpretação do mesmo Dispositivo Legal, “*urge tenham a acusação e a defesa presente ser dever seu a prova das respectivas alegações, sem esperarem venha o juiz, de ofício, a fazer o que não fizeram elas. O descaso poderá*

¹⁹ *Ônus da prova no processo penal* – São Paulo: Editora RT – 2003 – p. 173.

²⁰ *In: “Código de Processo Penal Brasileiro Anotado” – edição histórica – Rio de Janeiro: Editora Rio – 1980 – vol. I – p.455.*

trazer-lhe amargas decepções”²¹.

Assim não pode alegar a defesa que por seu descaso, o fato por ela alegado e não provado, deve ser aceito em nome da “busca da verdade real” ou do “princípio da presunção de inocência”.

Deste modo, deve-se afastar a versão do réu.

A testemunha Raquel, após reconhecer os denunciados, relatou que no dia dos fatos estava trabalhando no caixa do estabelecimento comercial vítima, quando três indivíduos adentraram no local. Disse que um permaneceu na porta, enquanto os outros dois se dirigiram até o caixa e, com arma de fogo em punho, anunciaram o assalto. Declarou que eles exigiram a abertura do caixa e que deixaram o local em poder do dinheiro, de bebidas e cigarros. Aduziu que foi obrigado a auxiliar Marcio a pegar os cigarros e que foi ameaçado pelos meliantes que diziam que iriam voltar e matá-lo se chamasse a Polícia. Afirmou que posteriormente foi chamado para comparecer no Distrito Policial, oportunidade em que reconheceu os denunciados, sem sombras de dúvidas, como autores do crime.

A testemunha reconheceu os réus como autores do crime, além de relatar a dinâmica criminosa.

Como, nos termos supra, ficou descrita conduta que se adequa ao injusto penal, apontando quem o praticou, necessária análise do valor de tal declaração.

Assim existe a possibilidade de a vítima, por ser objeto material do crime, ser levada pela paixão, ódio, ressentimento e emoção, procurando narrar os fatos como lhe pareçam convenientes. Aliás, mesmo sem a nítida intenção de prejudicar quem quer que seja, pode, em face da intensa comoção decorrente do crime, desvirtuar os fatos, ainda que acredite que os narra com fidelidade.

²¹ Ob. Cit. – p. 455.

Embora tal hipótese mostre-se possível, não se pode simplesmente descartar declaração de vítima.

Toda prova tem valor relativo e deve ser sopesada, visto o princípio da persuasão racional do Juiz.

Portanto, não se pode excluir tão somente pela condição de vítima, sendo indispensável à análise das circunstâncias objetivas do fato para averiguar-se sua validade.

Afirma FRAMARINO DE MALATESTA²²

que “para a avaliação completa do testemunho não basta considerar aquelas condições pessoais que, mesmo fazendo abstração do depoimento concreto, fazem pensar que a testemunha se engana, ou queira enganar; isto basta, unicamente, do ponto de vista da avaliação subjetiva. Mas, o testemunho, para ser bem avaliado, deve também ser considerado na sua forma e no seu conteúdo... A quem recebe o depoimento, este se apresenta, pois, com formas exteriores mais ou menos variáveis. Ora, como essas formas externas, segundo a sua natureza diversa, aumentam ou diminuem o valor probatório do testemunho, segue-se que cumpre considerá-las também, para bem avaliá-lo; quer dizer, cumpre considerar as exterioridades nas quais, ou com as quais se desenvolve o testemunho” ²³.

Por tais motivos, a declaração de vítima só deve ser vista com reservas quando verificar-se a existência de incongruências.

Desta forma, não há que falar-se na validade da regra romana, inserida no Digesto²⁴, no sentido de que *“nullus idoneus testis in re sua intelligitur”*.

Tanto assim que MANZINI²⁵ afirma que *“o ofendido, seja ou não denunciante, querelante ou parte civil, tem plena capacidade testemunhal, e torna-se, efetivamente, testemunha, para todas as consequências de direito”*.

No caso dos autos, não se vislumbra

²² La logica delle prove in materia criminale – 1895 – v. 2 – p. 59/60.

²³ Citado por EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, in: *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado* – 6ª. Ed. – Rio de Janeiro: Editora Rio – 1980 – v. 3 – p. 78.

²⁴ Livro 22, tit. V, l. 10.

²⁵ Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo Codice – 1932 – v. III – p. 201.

incongruências, tanto que a declaração de vítima mostra-se segura e sem vislumbres de sofrer qualquer desvirtuamento em face da comoção do crime ou eventual interesse em prejudicar a pessoa acusada.

Nestes termos, possível o decreto condenatório lastreado tão somente em declaração de vítima, posicionando-se neste sentido SOUZA NUCCI²⁶, ao afirmar: *“sustentamos poder a palavra isolada da vítima dar margem à condenação do réu, desde que resistente e firme, além de harmônica com as demais circunstâncias colhidas ao longo da instrução”*.

No mesmo sentido, EDUARDO ESPÍNOLA FILHO²⁷, ao dizer: *“quando não há interesse, costuma-se dar muito apreço à imputação da vítima, apontando o autor do crime, que a feria”*.

Em crimes de roubo e furto, usualmente praticados de forma clandestina, a palavra da vítima mostra-se altamente relevante, uma vez que na maioria dos casos é a única prova de autoria.

TOURINHO FILHO²⁸ diz que *“é relevantíssima a palavra da vítima do crime. Assim, naqueles delitos clandestinos 'qui clam comittit solent' - que se cometem longe dos olhares de testemunhas - a palavra da vítima é de valor extraordinário”*.

Também EDUARDO ESPÍNOLA FILHO²⁹ defende o valor de depoimento da vítima nestes casos, relatando que *“existem muitos crimes cuja prova se torna impossível, sem se dar um valor preponderante às informações da própria vítima”*.

Por fim, destaca-se que alegação de intenção de vítima prejudicar inocente deve ser afastada de plano, visto que ela, mais do que ninguém, tem o interesse em acusar apenas o culpado, posto que, agindo em sentido contrário, levaria à impunidade daquele que a prejudicou.

²⁶ Código de Processo Penal Comentado – 11ª ed. – São Paulo: RT – 2012 – p. 465.

²⁷ Código de Processo Penal Anotado – ed. Histórica – Rio de Janeiro: Editora Rio – 1980 – v. III – p. 59.

²⁸ Processo Penal – 3ª ed. – Bauru: Editora Jalovi Ltda. – 1977 – v. III – p. 183.

²⁹ Código de Processo Penal Anotado – ed. Histórica – Rio de Janeiro: Editora Rio – 1980 – v. III – p. 55.

Como diz EDUARDO ESPÍNOLA FILHO³⁰, “seria inconcebível a falsa acusação de um inocente, com o efeito mediato de firmar a impunidade do agente culpado”.

Neste sentido, esclarece FRAMARINO DE MALATESTA³¹ que “a animosidade pelo ofensor não pode ser considerada como motivo de suspeita contra o ofendido, quanto à designação do delinquente. O ofendido, nessa sua qualidade, não pode ter animosidade senão contra o verdadeiro ofensor; e por isso dizer ao ofendido: - não acreditamos na tua palavra indicativa do delinquente, porque tu, como ofendido tens ódio contra ele – é uma verdadeira e flagrante contradição; é reconhecer a verdade da indicação, querendo tolher-lhe a fé. Quando, pois, a aversão contra o ofensor derivasse de causa estranha ao crime, então a razão de suspeita não estaria mais na qualidade de ofendido, mas na de inimigo, qualidade esta que, como vimos, expondo os critérios gerais em seu lugar, deprecia qualquer testemunho, mesmo de terceiro, e não tem que ver com os motivos de suspeita particularmente inerentes à qualidade de ofendido, dos quais nos ocupamos aqui”.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça confirma tal entendimento:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO. AUTORIA. SÚMULA N. 7/STJ. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA. PRECEDENTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A análise da pretensão recursal exigiria, necessariamente, incursão na matéria fática-probatória da lide, o que é defeso em recurso especial, a teor do enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

- “A palavra da vítima, nos crimes às ocultas, em especial, tem relevância na formação da convicção do Juiz sentenciante, dado o contato direto que trava com o agente criminoso” (HC 143.681/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 2.8.2010). Agravo regimental desprovido³².

Desta forma, plenamente válida declaração da testemunha

O policial civil Mario Disse que o jurídico da empresa vítima forneceu as imagens dos fatos e por

³⁰ Código de Processo Penal Anotado – ed. Histórica – Rio de Janeiro: Editora Rio – 1980 – v. III – p. 59.

³¹ Lógica das provas em matéria criminal – vol. 02 – Saraiva – 1960 – p. 123/124.

³² STJ – AgRg no AREsp 482281 / BA – Rel. Min. Marilza Maynard – Sexta Turma – DJe 16/05/2014.

meio delas foi possível identificar os denunciados. Contou que o funcionário foi intimado para comparecer, oportunidade em reconheceu os indivíduos identificados como autores do crime. Aduziu que MARCIO compareceu espontaneamente na delegacia, tendo confessado sua participação, bem como, informalmente, do corréu WELLYTON. Esclareceu que conhecia MARCIO e a família dele, que tem conhecimento que ele é usuário de entorpecentes e que ele informou que o objeto utilizado como instrumento do crime se tratava de um simulacro de arma de fogo.

O policial esclareceu, de forma pormenorizada, o modo como se deu a elucidação dos fatos. Não há qualquer prova de falsidade no quanto alega.

Inicialmente destaca-se que, nos termos do artigo 202 do Código de Processo Penal, toda pessoa pode servir de testemunha, sendo que o disposto no artigo 206 (primeira parte) do mesmo Diploma Legal prevê que a testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor, excluindo-se as hipóteses legais.

Logo, fica claro que todos têm a obrigação de colaborar com a Justiça, funcionando como testemunha, excetuando-se as hipóteses previstas no artigo 206 (segunda parte) e artigo 207, ambos do Código de Processo Penal.

Neste sentido não há por que excluir-se, *ab ovo*, o depoimento prestado por agente público.

Aliás, como servidor público que é, tem na prática dos atos funcionais a presunção de veracidade, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal, como assinala HELY LOPES MEIRELLES³³.

Desta forma os funcionários públicos, gozam de maior presunção de credibilidade que as testemunhas

³³ Direito Administrativo Brasileiro – Ed. Malheiros – 1995.

comuns, conforme ressalta FRAMARINO DE MALATESTA³⁴ ao afirmar que *“não é só por estas considerações que (...) tem um maior valor quando prestada por funcionário público competente que quando por uma testemunha ordinária, mas também pela maior fé que inspira subjetivamente aquele funcionário público como testemunha de segundo grau. Supõe-se que desempenhando um dever de ofício, um funcionário público quererá sempre prestar mais atenção que um particular, munido somente do estímulo da curiosidade; portanto, menor facilidade de engano na testemunha oficial. Sabe-se que, além do senso moral que ordena a verdade de todos, existe no espírito da testemunha oficial o sentimento de um dever particular e uma particular responsabilidade, que se opõem à mentira; por isso menor facilidade de vontade de enganar no funcionário público”*.

Ademais, toda prova tem valor relativo e deve ser sopesada, visto o princípio da persuasão racional do Juiz, inclusive a testemunhal.

Portanto, não se pode excluir o depoimento de agente público tão somente por tal condição, sendo indispensável a análise das circunstâncias objetivas do fato para averiguar-se sua validade.

Afirma FRAMARINO DE MALATESTA³⁵ que *“para a avaliação completa do testemunho não basta considerar aquelas condições pessoais que, mesmo fazendo abstração do depoimento concreto, fazem pensar que a testemunha se engana, ou queira enganar; isto basta, unicamente, do ponto de vista da avaliação subjetiva. Mas, o testemunho, para ser bem avaliado, deve também ser considerado na sua forma e no seu conteúdo... A quem recebe o depoimento, este se apresenta, pois, com formas exteriores mais ou menos variáveis. Ora, como essas formas externas, segundo a sua natureza diversa, aumentam ou diminuem o valor probatório do testemunho, segue-se que cumpre considerá-las também, para bem avalia-lo; quer dizer, cumpre considerar as exterioridades nas quais, ou com as quais se desenvolve o testemunho”*.

Por tais motivos o depoimento de agente público só deve ser visto com reservas quando verificar-se a existência de interesse, como por exemplo, para justificar eventual abuso de sua parte.

No caso dos autos não se vislumbra tal hipótese, tanto que as testemunhas que são agentes públicos

³⁴ Da Lógica das Provas em Matéria Criminal – Campinas: Bookseller – 1986 – p. 396.

³⁵ La logica delle prove in materia criminale – 1895 – v. 2 – p. 59/60.

não foram contraditados, sendo a prova produzida sob o crivo do contraditório.

Mesmo porque, ainda que ocorrendo a contradição mediante alegação da defesa de abuso por parte do agente público envolvido, caberia àquele que alega a prova do fato, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal.

Mais uma vez nada existe no sentido de afastar a validade do depoimento de agente público.

Concluindo-se, plenamente válido o depoimento de agente público para embasar decreto condenatório quando não demonstrado nos autos sua parcialidade.

Neste diapasão o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

“Esta Corte sedimentou entendimento de que os depoimentos de policiais não impedem a formação do convencimento judicial desde que respeitado o contraditório, não configurando o seu emprego eiva processual (Precedentes)”³⁶.

No mesmo sentido a posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

“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”³⁷.

Vista a prova, presentes materialidade e autoria em desfavor dos acusados.

O envolvimento de Wellyton foi verificado a partir das investigações policiais, sendo verificado o

³⁶ STJ - HC 241.728/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura - DJe 14/03/2013

³⁷ STF - HC 87.662/PE - rel. Min. Carlos Ayres Britto - J. 05/09/2006.

envolvimento dele com Márcio após denúncia anônima aos policiais. Foi reconhecido sem dúvida pela testemunha como um dos roubadores.

Cabe reparo no tocante ao reconhecimento do concurso formal, eis que apenas o patrimônio da loja foi atingido, não tendo sido subtraídos bens da testemunha Raquel.

Da consumação

Os bens da empresa vítima foram subtraídos e não recuperados.

O roubo é crime complexo que tem como objetividade jurídica, como afirma CEZAR ROBERTO BITENCOURT³⁸, “o patrimônio (*posse, propriedade e detenção*), a exemplo do furto, a liberdade individual (*quando praticado mediante grave ameaça*) e a integridade física e psíquica do ser humano”.

Também se mostra relevante o fato de que ele é crime de dano e material, exigindo, portanto, para sua consumação, o resultado naturalístico que acarrete prejuízo efetivo à objetividade jurídica protegida pelo roubo.

Tradicionalmente o roubo próprio entendia-se consumado quando após a violência ou grave ameaça efetivas (decorrentes de resultado naturalístico que acarreta dano à integridade física e psíquica da vítima), o agente retirava a *res furtiva* da esfera de vigilância da vítima, caracterizando posse mansa, pacífica e desviada (resultado naturalístico que acarreta dano à propriedade da vítima).

Entretanto, corretamente, houve uma mudança de paradigma.

Uma vez que o roubo protege não só a propriedade, mas também a posse e detenção, depois de cessada a prática da violência ou grave ameaça (resultado

³⁸ Código Penal Comentado – São Paulo: Saraiva – 2002 – p. 670.

naturalístico que acarreta dano à integridade física e psíquica da vítima), com o desapossamento (resultado naturalístico que acarreta dano à posse e detenção) cumpre-se os requisitos para que o crime se consume.

A atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é neste sentido, consagrada pela Súmula 582 daquela Corte, que consigna: *“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”*.

O Supremo Tribunal Federal também adota atualmente este entendimento.

“Recurso ordinário em habeas corpus. Roubo majorado pelo concurso de pessoas e pelo emprego de arma de fogo. Pedido de anulação de condenação transitada em julgado. 1. O acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça se alinha à orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o habeas corpus não é a via processual adequada para o reexame de material probatório e não deve funcionar como substitutivo de revisão criminal. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a posse mansa e pacífica da coisa subtraída não é necessária para a consumação do delito de roubo. 3. [...] 4.[...] 5. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento”³⁹

Logo, no caso dos autos, o crime deu-se na modalidade consumada.

Do concurso de agentes

Ante a prova oral, as imagens da câmera de segurança e a confissão, verifica-se ocorrido roubo mediante concurso de agentes.

No tocante ao concurso de agentes ficou claro que os agentes agiram previamente acordados, ficando patente que cada um anuiu na conduta do outro, caracterizando-se o concurso de agentes, destacando-se que para o reconhecimento do concurso de agentes, não é

³⁹ STF – Recurso Ordinário em Habeas Corpus – rel. Min. Roberto Barroso – Primeira Turma - j. 04/02/2014.

necessário que todos pratiquem os mesmos atos executivos, bastando o encontro de vontades para a prática do fato punível.

Quando cada um dos envolvidos pratica uma parte dos atos executórios, explica-se a autoria nesses casos, segundo Zaffaroni e Pierangeli⁴⁰, “*pelo chamado 'domínio funcional do fato', isto é, quando a contribuição que cada um traz para o fato é de tal natureza que, de acordo com o plano concreto do fato, sem ela o fato não poderia ter sido realizado, temos um caso de coautoria e não de participação*”.

Neste sentido é a jurisprudência recente do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. CONCURSO DE AGENTES. PRETENDIDO AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO CONFIGURADA. MODO FECHADO. DESFAVORABILIDADE DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. IMPOSIÇÃO DA FORMA MAIS GRAVOSA DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. Justifica-se a incidência da causa especial de aumento prevista no art. 157, § 2º, II, do Código Penal, quando evidenciado que o paciente atuou em companhia de outro indivíduo na abordagem às vítimas, em comunhão de ações e unidade de desígnios”⁴¹.

“HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA. CONCURSO DE PESSOAS. PACIENTE EM LOCAL DIVERSO DA EXECUÇÃO DO CRIME. IRRELEVÂNCIA. MERA DIVISÃO DE TAREFAS. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA CONFIGURADA. RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO OBRIGATÓRIOS.

1. Irrelevante o fato de que o paciente estava “a quilômetros de distância” do local onde ocorreu o crime de roubo para a incidência da causa especial de aumento de pena pelo concurso de agentes, tendo em vista que teve participação importante e necessária na consecução do delito e que houve mera divisão de tarefas para o cometimento do ilícito”⁴².

E também o E. Supremo Tribunal Federal:

⁴⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl; e Pierangeli, José Henrique. MANUAL DE DIREITO PENAL BRASILEIRO – Parte Geral. Ed. Revista dos Tribunais. 4ª ed. – p. 672.

⁴¹ STJ - HC nº 156545 - RJ – rel. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR – j. 21.08.2012.

⁴² STJ - HC nº 140983 - RJ – rel. JORGE MUSSI – j. 21.10.2010.

“Crime praticado em concurso de pessoas, com unidade de desígnios e divisão de tarefas. Desnecessidade, para a configuração da co-autoria delitiva, de que cada um dos agentes tenha praticado todos os atos fraudulentos que caracterizaram a gestão fraudulenta de instituição financeira. Pela divisão de tarefas, cada co-autor era incumbido da realização de determinadas condutas, cujo objetivo era a realização do delito”⁴⁴.

Além disso, uma vez constatada a atuação de diversos agentes na prática da conduta típica, é irrelevante para o reconhecimento do concurso que todos os agentes tenham sido identificados e reconhecidos, bastando para a prova à menção à existência de pluralidade de pessoas executando a conduta típica.

“ROUBO. CONCURSO DE AGENTES. PRETENDIDO AFASTAMENTO. INVIABILIDADE. MENÇÃO À EXISTÊNCIA DE DOIS COMPARSAS. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA. Não há constrangimento ilegal no reconhecimento da causa especial de aumento de pena do concurso de agentes no roubo quando há notícia de que o delito foi cometido pelo paciente em conluio com outros dois agentes, um identificado e o outro não”⁴⁵.

“ROUBO. CONCURSO DE AGENTES. PRETENDIDO AFASTAMENTO. INVIABILIDADE. MENÇÃO A EXISTÊNCIA DE COMPARSA. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA.

1. Não há constrangimento ilegal no reconhecimento da causa especial de aumento de pena do concurso de agentes no roubo quando se aponta provas no sentido de que o delito foi cometido pelo paciente em conluio com adolescente identificado”⁴⁶

Também de se anotar que reconhecida a coautoria no concurso de agentes é regra que todos respondam da mesma forma pelos fatos ocorridos, salvo expressa disposição legal, como é o caso, por exemplo, da desistência voluntária e do arrependimento eficaz.

⁴⁴ STF – AP 470 / MG – rel. Min. Joaquim Barbosa – DJe 22.04.2013.

⁴⁵ STJ – HC nº 182048 – SP – rel. Min. Jorge Mussi – j. 06.12.2012.

⁴⁶ STJ – HC 174879 / SP – rel. Min. JORGE MUSSI – j. 11.12.2012.

E isto porque o Código Penal adotou a teoria monística, todo aquele que concorre para o crime responde por ele na sua totalidade. Desta forma, embora o crime seja resultado da conduta de várias pessoas, permanece único e indivisível.

A incidência nas mesmas cominações para todos os agentes que atuaram conjuntamente para a prática do crime tem sido ressaltada na jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

“HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONCURSO DE PESSOAS. RECONHECIMENTO DE DELITO EM MODALIDADES DE CONSUMAÇÃO DISTINTAS PARA CO-RÉUS QUE PRATICARAM O MESMO FATO CRIMINOSO EM UNIDADE DE DESÍGNIOS. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA TEORIA MONISTA. Tratando-se de concurso de pessoas que agiram com unidade de desígnios e cujas condutas tiveram relevância causal para a produção do resultado, é inadmissível o reconhecimento de que um agente teria praticado o delito na forma tentada e o outro, na forma consumada. Segundo a teoria monista ou unitária, havendo pluralidade de agentes e convergência de vontades para a prática da mesma infração penal, como se deu no presente caso, todos aqueles que contribuem para o crime incidem nas penas a ele cominadas (CP, art. 29), ressalvadas as exceções para as quais a lei prevê expressamente a aplicação da teoria pluralista. Ordem concedida”⁴⁷.

“EMENTA HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO ESGOTAMENTO DE JURISDIÇÃO. CONCURSO DE AGENTES. RECONHECIMENTO DE DELITOS DISTINTOS PARA CORRÉUS QUE COOPERARAM PARA O MESMO FATO CRIMINOSO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. EXTENSÃO DE DOSIMETRIA APLICADA A CORRÉU. IMPOSSIBILIDADE. 1. Há óbice ao conhecimento de habeas corpus impetrado contra decisão monocrática do Superior Tribunal de Justiça, cuja jurisdição não se esgotou. Precedentes. 2. Diante do reconhecimento de que o paciente e os corréus “agiram em concurso e unidade de propósitos”, com relevância causal para

⁴⁷ STF – HC nº 97652 – RS – rel. Joaquim Barbosa – j. 04.08.2009.

produção do resultado criminoso, imprescindível, segundo a Teoria Monista adotada pelo art. 29 do Código Penal, a imputação criminosa uniforme a todos os envolvidos. Precedentes. 3. Inaplicável o disposto no art. 580 do Código de Processo Penal, porquanto diversa a dosimetria para a fixação da pena do ora paciente e de corréu, conforme análise das circunstâncias judiciais engendrada pela Corte Estadual. 4. Habeas corpus extinto sem resolução de mérito, com a concessão da ordem de ofício para cassar o ato dito coator, restabelecendo os efeitos do acórdão exarado pela Corte Estadual”⁴⁸.

Também esta é a orientação do C. Superior Tribunal de Justiça:

“CRIME PRATICADO EM CONCURSO DE PESSOAS. AUTORIA COLATERAL. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO À TEORIA MONISTA. ART. 29 DO CÓDIGO PENAL. EXTENSÃO DA DECISÃO QUE CONDENOU O CORRÉU POR HOMICÍDIO CULPOSO AO RECORRENTE. RECURSO NÃO CONHECIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

Tratando-se de crime praticado em concurso de pessoas, o nosso Código Penal, inspirado na legislação italiana, adotou, como regra, a Teoria Monista ou Unitária, ou seja, havendo pluralidade de agentes, com diversidade de condutas, mas provocando um só resultado, existe um só delito.

Assim, denunciados em coautoria delitiva, e não sendo as hipóteses de participação de menor importância ou cooperação dolosamente distinta, ambos os réus teriam que receber rigorosamente a mesma condenação, objetiva e subjetivamente, seja por crime doloso, seja por crime culposos, não sendo possível cindir o delito no tocante à homogeneidade do elemento subjetivo, requisito do concurso de pessoas, sob pena de violação à teoria monista, razão pela qual mostra-se evidente o constrangimento ilegal perpetrado.”⁴⁹.

Presente a majorante, pois.

Do emprego de arma de fogo

A alegação da defesa de que é necessário laudo pericial não deve ser acatada.

⁴⁸ STF – HC 123068 / SP – rel. Min. Rosa Weber – j. 03/02/2015.

⁴⁹ STJ – REsp 1306731 / RJ – rel. Min. Marco Aurélio Bellizze – j. 22/10/2013.

Vem sendo reconhecida a causa de aumento mesmo quando a arma não é apreendida, ora porque existe outra prova de sua capacidade vulnerante, ora porque esta decorre da distribuição do ônus de prova, sendo desnecessária a realização de exame pericial para comprovar sua idoneidade.

Por isso preconiza GUILHERME DE SOUZA NUCCI⁵⁰: “(...) *para a configuração da causa de aumento (utilização de arma), bastam elementos convincentes extraídos dos autos, ainda que a arma não seja apreendida*”.

Destaca-se ser princípio geral de direito que ninguém pode favorecer-se da própria torpeza.

Ora, foi narrado o emprego de arma, ficando patente a autoria. Em não sendo o objeto utilizado arma, mas réplica, brinquedo ou mesmo arma quebrada, incumbia à defesa afastar a alegação de vítima ou testemunha, apresentando o objeto utilizado, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal.

Em sentido contrário, além de ser desconsiderado elemento de prova produzido pela acusação, a parte acusada que teria utilizado a arma e posteriormente a escondido, teria vantagem da sua conduta torpe.

Neste sentido é a orientação do E. Superior Tribunal de Justiça:

“A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a aplicação da majorante pela utilização de arma prescinde da apreensão e perícia no objeto, quando comprovada sua utilização por outros meios de prova, como pela palavra da vítima ou de testemunhas”⁵¹.

Essa também é a posição do Supremo Tribunal Federal.

⁵⁰ Código Penal Comentado – 12ª ed. – p. 809.

⁵¹ STJ – HC 340134 / SP – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – DJe 01/12/2015.

“ROUBO CIRCUNSTANCIADO – ARMA – PERÍCIA. Prescinde de apreensão e perícia da arma de fogo a qualificadora decorrente de violência ou ameaça implementadas – artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal. Precedente: Habeas Corpus nº 96.099-5/RS, Pleno, relator ministro Ricardo Lewandowski, acórdão publicado no Diário da Justiça do dia 5 de junho seguinte”⁵².

Assim, dada a prova oral comprovando a utilização da arma na empreitada criminosa, demonstrada a causa de aumento do emprego de arma.

De rigor, portanto, a condenação dos apelantes por roubo majorado pelo concurso de agentes e pelo emprego de arma de fogo.

Da dosimetria

Marcio

Em primeira fase, a reprimenda foi exasperada em $\frac{3}{4}$, sendo utilizado o concurso de agentes como circunstância judicial negativa, além do horário do crime – 03 horas da manhã -, consequências, ante a não recuperação dos valores e objetos subtraídos, e pela personalidade do acusado ser desfavorável, ante ter respondido a processos por atos infracionais e estar sendo investigado por outros crimes, além de possuir tatuados os números “171”, “157” e “155”.

De início cabe pontuar que não há óbice, consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, na utilização de uma causa de aumento como circunstância judicial desfavorável, quanto presentes duas ou mais causas de aumento:

O deslocamento de causas de aumento do crime de roubo para a primeira fase da dosimetria se encontra inserida no juízo de discricionariedade do julgador.⁵³

⁵² STF – HC 96985 / DF – Rel. Min. Marco Aurélio – Primeira Turma – DJe 27/11/2015.

⁵³ STJ - AgRg no AREsp n. 2.611.178/RN - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca - Quinta Turma - J. em 11/6/2024.

Esta Corte Superior entende que é "plenamente possível, diante do reconhecimento de várias causas de aumento de pena previstas no mesmo tipo penal, deslocar a incidência de algumas delas para a primeira fase, para fins de majoração da pena-base, desde que a reprimenda não seja exasperada, pelo mesmo motivo, na terceira etapa da dosimetria da pena e que seja observado o percentual legal máximo previsto pela incidência das majorantes" (AgRg no REsp n. 1.551.168/AL, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe 2/3/2016).⁵⁴

Entretanto, no tocante as passagens policiais, considerando que o acusado não foi condenado em definitivo, sendo primário, consoante a sentença, a reprimenda não pode ser exasperada sobre tal fundamento, sob pena de ofensa à Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça.

Ainda, a existência de tatuagens alusivas a artigos do Código Penal, embora reprovável, não pode servir como vetor negativo, sob pena de se incorrer em um direito penal do autor.

Desse modo, considerando-se como circunstâncias judiciais negativas o concurso de agentes, o horário do crime e a não recuperação dos bens, sendo afastadas a personalidade e a conduta social desfavoráveis, reduzo a exasperação em primeira fase para $\frac{1}{4}$, fixada a pena em 05 anos de reclusão e 12 dias-multa.

Em segunda fase, presente a atenuante da confissão, reduzida a pena em $\frac{1}{6}$, fixada em 04 anos e 02 meses de reclusão e 10 dias-multa.

Em terceira fase, presente a causa de aumento do emprego de arma de fogo, a reprimenda foi corretamente aumentada em $\frac{2}{3}$, tornada definitiva em 06 anos, 11 meses e 10 dias de reclusão e 16 dias-multa.

Afasto o concurso formal, eis ter sido subtraído o patrimônio de apenas uma vítima, o estabelecimento

⁵⁴ STJ - AgRg no AREsp n. 1.708.986/PR - Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro - Sexta Turma - J. em 10/12/2024.

comercial.

Wellyton

Em primeira fase, a reprimenda foi exasperada em $\frac{3}{4}$, ante a valoração negativa do concurso de agentes, a prática do crime durante a madrugada, a não recuperação dos valores subtraídos e a personalidade e conduta social do acusado, pela prática do crime durante o cumprimento de pena, tendo praticado 03 faltas disciplinares no período.

A prática de crime durante o cumprimento de pena permite exasperação da pena base, consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

A análise da dosimetria da pena considerou a reincidência do réu e a prática de novo crime durante cumprimento de pena em regime domiciliar, o que justifica a exasperação da pena-base, e está em consonância com a jurisprudência desta Corte.⁵⁵

O fato de alguém ser reincidente não implica necessariamente que tenha praticado novo crime durante o cumprimento da pena de outro processo. Segundo a jurisprudência desta Corte, "praticar crime durante o período de cumprimento de pena imposta em outro processo, no regime aberto, justifica a elevação da pena-base, em razão da reprovabilidade da conduta" (AgRg no AREsp n. 1.800.421/DF, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 21/9/2021, DJe 24/9/2021).⁵⁶

Contudo, observo que tal fato não pode servir para caracterizar também a conduta e personalidade social do agente, sob pena de indevido *bis in idem*.

A prática de falta disciplinar durante o cumprimento de pena também é circunstância judicial negativa, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

A exasperação da pena-base em 1/6 acima do mínimo legal foi justificada pela valoração desfavorável da personalidade, considerando a agressividade do agente contra a vítima, "porque

⁵⁵ STJ - AREsp n. 2.213.023/DF - Rel. Mina. Daniela Teixeira - Quinta Turma - J. em 26/11/2024.

⁵⁶ STJ - AgRg no AREsp n. 2.609.529/DF - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz - Sexta Turma - J. em 20/8/2024.

a viu sozinha e indefesa, sem seguranças no mercado, aproveitando-se da desproporção de forças", bem como contra os policiais responsáveis pelo flagrante, além da prática de falta disciplinar de natureza grave em unidade prisional. Esses elementos extrapolam as circunstâncias típicas do delito de roubo e constituem fundamento idôneo para a majoração da pena.⁵⁷

Desse modo, considerando as vetoriais concurso de agentes, prática de crime durante a madrugada, não recuperação dos bens subtraídos e reprovabilidade pela prática do crime durante o cumprimento de pena, tendo sido cometidas faltas disciplinares, reduzo a exasperação para 1/3, fixada a pena em 05 anos e 04 meses de reclusão e 13 dias-multa.

Em segunda fase, presente a agravante da reincidência⁵⁸ específica, a reprimenda foi aumentada em 1/5.

Contudo, observo não ter sido apontada nenhuma circunstância concreta excepcional para o aumento acima de 1/6, de modo que o *quantum* fixado contraria precedente vinculante do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

A reincidência específica como único fundamento só justifica o agravamento da pena em fração mais gravosa que 1/6 em casos excepcionais e mediante detalhada fundamentação baseada em dados concretos do caso.⁵⁹

Logo, reduzo o aumento para 1/6, fixada a pena em 06 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão e 15 dias-multa.

Em terceira fase, presente a causa de aumento do emprego de arma de fogo, aumentada a pena em 2/3, tornada definitiva em 10 anos, 04 meses e 13 dias de reclusão e 25 dias-multa.

⁵⁷ STJ - AgRg no HC n. 904.047/SP - Rel. Mina. Daniela Teixeira - Quinta Turma - J. em 15/10/2024.

⁵⁸ Folhas 150057-64.2019.8.26.0477 – condenação por roubo.

⁵⁹ STJ – Tema Repetitivo 1172 - REsp n. 2.003.716/RS - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik - Terceira Seção - J. em 25/10/2023.

Afasto o concurso formal, eis ter sido subtraído o patrimônio de apenas uma vítima, o estabelecimento comercial.

O regime fechado impõe-se. Os apelantes demonstraram culpabilidade acima do normal, com alta periculosidade, praticando o delito durante a madrugada, sendo que o fizeram mediante grave ameaça com o emprego de arma de fogo, atuando em concurso de agentes. Além disso, Wellyton é reincidente específico, o que indica a necessidade de regime mais gravoso para desestimulá-lo da senda do crime. Demonstrou ousadia, reprovabilidade e periculosidade acima do normal, sendo o regime fechado o único adequado no caso em exame, nos termos do artigo 33, §3º, c.c. artigo 59, ambos do Código Penal. Ademais, o regime menos gravoso, em face da maior reprovabilidade não terá o condão de desestimular a prática de novos crimes, o que por si só já autoriza o regime fechado. Finalmente, pelo *quantum* de pena impossível outro regime para Wellyton.

Neste sentido, cita-se CESARE BECCARIA⁶⁰, para quem a pena para ser justa deve ter o rigor necessário para desviar o homem da senda do crime, ao afirmar que *“una pena sia giusta, non deve avere che quei soli gradi d'intensione che bastano a rimuovere gli uomini dai delitti* ('para que a pena seja justa, só deve ter os indispensáveis graus de intensidade suficientes para afastar os homens dos delitos')”.

Inviável, ante o *quantum* da pena, a prática de crime com grave ameaça e a reincidência de Wellyton, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a suspensão condicional da pena.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** aos recursos, reduzindo as penas bases de ambos os réus e o aumento em segunda fase para Wellyton, bem como afastando o concurso formal para ambos os acusados, reduzida a pena de Márcio para 06 anos, 11 meses e

⁶⁰ Dei delitti e delle pene: Dos Delitos e das Penas. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella – São Paulo: RT - § XXVIII – p. 92.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

10 dias de reclusão e 16 dias-multa, e de Wellyton para 10 anos, 04 meses e 13 dias de reclusão e 25 dias-multa, mantida no mais a r. sentença.

MENS DE MELLO
Relator
Assinatura Eletrônica