

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500073-62.2020.8.05.0271

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: Joilton de Jesus Santos e outros

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

07

ACORDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. FURTO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE CHAVE FALSA. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 329/2020, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, NO QUE TANGE À REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIAS DE INSTRUÇÃO CRIMINAIS POR PLATAFORMAS DIGITAIS. NÃO VERIFICAÇÃO. ATO REGULAMENTAR QUE EXTRAI SEU FUNDAMENTO DO ART. 185, § 2, IV, DO CÓDIGO PROCESSUAL PENAL. GARANTIA DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. OBSERVADO O PROCEDIMENTO ADEQUADO NO CASO CONCRETO. NÃO CARACTERIZADO PREJUÍZO A QUALQUER DAS PARTES. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR AUSÊNCIA DE PROVAS E NEGATIVA DE AUTORIA. NÃO ACOLHIMENTO. VERSÃO DOS ACUSADOS QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA PROVA PRODUZIDA. AUSÊNCIA DE DÚVIDA RAZOÁVEL. PALAVRA DA VÍTIMA CONGRUENTE E CORROBORADAS PELAS DEMAIS PROVAS. DEPOIMENTO POLICIAL FIRME E HARMÔNICO. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL NÃO COMPROVADA. A COMPROVAÇÃO DA EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE ALEGADA É ÔNUS DA DEFESA. DOSIMETRIA DA PENA. CRIME DE FURTO. EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA DO EMPREGO DE CHAVE FALSA. IMPOSSIBILIDADE. CRIME QUE NÃO

DEIXOU VESTÍGIOS. PRESCINDIBILIDADE DA PERÍCIA. QUALIFICADORA COMPROVADA POR OUTROS ELEMENTOS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. PRESENÇA DE DUAS QUALIFICADORAS. CONCURSO DE AGENTES UTILIZADO NA PRIMEIRA ETAPA, A FIM DE EVITAR O BIS IN IDEM. POSSIBILIDADE. TÉCNICA QUE ATENDE À INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME QUE EXTRAPOLAM AO ORDINÁRIO. PREJUÍZOS À VÍTIMA QUE PERDEU O SEU INSTRUMENTO DE TRABALHO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DO REPOUSO NOTURNO. POSSIBILIDADE. TEMA 1087, JULGADO PELA 3ª SEÇÃO DO STJ. TESE FIRMADA: “A CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO § 1º DO ART. 155 DO CÓDIGO PENAL (PRÁTICA DO CRIME DE FURTO NO PERÍODO NOTURNO) NÃO INCIDE NO CRIME DE FURTO NA SUA FORMA QUALIFICADA (§ 4º)”. CRIME DE ROUBO. APLICAÇÃO SUCESSIVA DAS CAUSAS DE AUMENTO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E ESPECÍFICA. POSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DO CRIME CONTINUADO. IMPOSSIBILIDADE. TEORIA OBJETIVO-SUBJETIVA. AUSÊNCIA DE LIAME SUBJETIVO ENTRE AS CONDUTAS. CASO DE REITERAÇÃO CRIMINOSA E IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA PARA DELITOS DE FURTO E ROUBO, CONSIDERANDO QUE NÃO SÃO CRIMES DA MESMA ESPÉCIE (TESE 01, DA ED. Nº 20, DA JURISPRUDÊNCIA EM TESES, DO STJ). DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DAS CONDUTAS. ACUSADOS QUE PERMANECERAM PRESOS DURANTE A INSTRUÇÃO PROCESSUAL. EXISTÊNCIA DE OUTRAS AÇÕES PENAIS EM CURSO. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CRIMINAL nº 0500073-62.2020.8.05.0271, em que figuram como apelantes JOILTON DE JESUS SANTOS e JOHNATHAS DE JESUS (“SOFIA”), por intermédio da Defensoria Pública do Estado da Bahia, e apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA.

Acordam os Desembargadores componentes da 1ª Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, CONHECER os recursos e, no mérito, DAR-LHES PROVIMENTO PARCIAL, nos termos do voto do relator.

Salvador, data registrada no sistema.

JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO
SUBSTITUTO DE 2.º GRAU – RELATOR

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido em parte Por Unanimidade
Salvador, 21 de Novembro de 2022.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500073-62.2020.8.05.0271

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: Joilton de Jesus Santos e outros

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

07

RELATÓRIO

Vistos.

Tratam-se de recursos de apelação interpostos por JOILTON DE JESUS SANTOS e JOHNATHAS DE JESUS ("SOFIA"), em face da sentença condenatória prolatada pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Valença.

Narra a denúncia (ID de nº 29427566) que:

"[...] que no dia 17 de fevereiro de 2020, os denunciados JOILTON DE JESUS SANTOS, vulgo CHUCHU e JOHNATHAS DE JESUS, nome social "SOFIA", em comunhão de desígnios subtraíram, com emprego de chave falsa, durante o período de repouso noturno, uma motocicleta HONDA CG na cidade de Valença. A posteriori, no mesmo dia, realizaram com emprego de arma de fogo e em concurso de pessoas, as subtrações mediante grave ameaça de seis vítimas em locais distintos ao longo da localidade de Entrocamento de Valença. Por

fim foram presos em flagrante portando um Rifle calibre 22 e os pertences de propriedade das vítimas.

JOÃO DE JESUS SANTOS também fora preso em flagrante junto com dois primeiros denunciados, após ficar constatado a existência de associação para fim específico de cometer crimes e o envolvimento deste denunciado na prática dos roubos, tendo em vista que a arma utilizada foi fornecida por ele, bem como, que os seis crimes aconteceram a seu mando.

Acontece que, no dia dos fatos, por volta das 04 horas da manhã os denunciados JOILTON DE JESUS SANTOS e JOHNATHAS DE JESUS (SOFIA) subtraíram com emprego de chave falsa uma motocicleta HONDA/CG 150 FAN ESI, COR PRETA de propriedade de Otavio de Jesus Junior, que estava estacionada em frente ao estabelecimento Restaurante e Pousada do Tuca, localizada ao lado do Terminal Rodoviário de Valença.

Logo após, ambos denunciados fugiram para Região do Piau e foram ao encontro de JOÃO DE JESUS SANTOS, membro da associação criminosa de qual os três fazem parte. Em ato contínuo, JOÃO forneceu a arma de fogo para que Joilton e Sofia (Johnathas) praticassem roubos pela localidade e trouxessem a res furtiva para ele.

Nesse sentido os dois primeiros acusados saíram pela BR 101 na região de Entrocamento de Valença e subtraíram mediante grave ameaça, em concurso de pessoas e com emprego da arma de fogo, os pertences de 06 vítimas distintas em locais diversos.

No comércio situado na BR 101, Km 312, Estrada de Serra Grande, Valença/Bahia, Sofia (Johnathas) pilotava a moto e ficou no veículo com ele ligado preparando-se para a fuga imediata, enquanto que Joilton entrou no estabelecimento e, ameaçando Eliete Sousa com a arma de fogo, subtraiu a quantia de R\$ 60,00 (sessenta reais), um relógio e dois aparelhos telefônicos, sendo que ainda exigiu as senhas dos respectivos celulares.

O modus operandi do casal consistia em Sofia (Johnathas), que se transveste de mulher, pilotar a moto para que Joilton consumava os roubos, consoante ambos confessaram em Delegacia.

Acontece que, paralelamente a prática das condutas delituosas, a vítima proprietária da moto passou a divulgar nas redes sociais acerca do furto do seu veículo, então fora informado que a mesma tinha sido vista com um casal na região do Entrocamento de Valença.

Ao se dirigir por contra própria ao local citado, durante o percusso, ainda na BR 101, avistou o primeiro denunciado a bordo da sua HONDA CG e seguiu em perseguição, tendo inclusive jogado o carro em que estava em cima do acusado, momento em que Joilton caiu da moto, se machucou, mas, ainda assim, abandonou a motocicleta e conseguiu fugir.

A Guarnição Policial fora acionada. Após empreender diligências, os policiais encontram Joilton e Sophia (Johnathas) homiziados em um barraco abandonado na Região das Três Missas portando um rifle, calibre 22, remington, model 550-1.

Ao serem flagrados os dois denunciados confessaram as práticas delituosas e informaram acerca da existência de um terceiro envolvido, levando os policiais até a pessoa de JOÃO, com quem estaria a quantia de R\$1.500,00 (mil e quinhentos reais) frutos dos assaltos perpetrados [...].

Por economia processual e em atenção ao princípio da duração razoável do processo, adoto, como próprio, o relatório da sentença de ID 29428099, prolatada pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Valença/BA.

Ademais, acrescenta-se que finalizada a instrução processual, o Juízo a

quo julgou parcialmente procedente a denúncia para condenar os réus, “JOILTON DE JESUS SANTOS, vulgo CHUCHU, e JOHNATHAS DE JESUS, de nome social SOFIA, já qualificados nos autos, pelas práticas dos crimes previstos no artigos 155, § 1º, § 4º, inciso III e IV (furto qualificado e majorado), em concurso material (artigo 69 CP) com o crime previsto no artigo 157, § 2º, inciso II e § 2º-A, inc I (roubo majorado pelo concurso de pessoas e emprego de arma de fogo) contra 02 (três) vítimas, c/c art. 70, caput, (concurso formal próprio)”.

Inconformada com o r. decismum, as defesas dos acusados JOILTON DE JESUS SANTOS e JOHNATHAS DE JESUS (“SOFIA”) interpuseram recursos de apelação (ID nº 29428165 e 29428225), sustentando, preliminarmente, a nulidade da audiência realizada por videoconferência e a inconstitucionalidade da Resolução nº 329 9, do CNJ.

Além disso, pugnam pela absolvição dos acusados por insuficiência de provas, com a aplicação dos princípios da presunção de inocência e in dubio pro reu.

Outrossim, requereram a fixação da pena-base no mínimo legal, o afastamento da qualificadora do emprego de chave falsa e das majorantes do repouso noturno, bem como o reconhecimento do crime continuado.

Por fim, pediram a fixação do regime inicial mais brando, a redução da pena de multa ao mínimo legal e a concessão do direito de recorrer em liberdade.

Em doc. de ID nº 29428224, o Ministério Público apresentou contrarrazões requerendo o improvimento dos recursos.

A Procuradoria de Justiça (ID nº 30295720) opinou pelo conhecimento e não provimento dos apelos.

É o relatório.

Salvador, 9 de novembro de 2022.

JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO
SUBSTITUTO DE 2.º GRAU – RELATOR

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500073-62.2020.8.05.0271

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: Joilton de Jesus Santos e outros

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

07

VOTO

Vistos.

Em análise dos fólios, verifico que estão presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade do recurso interposto. Passo ao enfrentamento das teses recursais.

I. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO.

Inicialmente, no que tange ao pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita/isenção de custas processuais, urge destacar, de plano, que tal matéria compete ao Juízo das Execuções Penais, conforme disposto no art. 804 do CPP c/c os § 2º e § 3º, do art. 98 do CPC/2015.

Com efeito, consoante o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça e encampado em inúmeros precedentes do E. TJ/BA, o Juízo da Execução é quem possui melhores condições para análise da situação econômica do sentenciado, notadamente, pela possibilidade de alteração das circunstâncias fáticas entre a condenação e a execução da pena.

Assim, coaduno ao entendimento de que o pedido não deve ser conhecido nesta instância. Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.705.121 – SC (2017/0267121-2) RELATOR: MINISTRO FELIX FISCHER RECORRENTE: R N ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO E RESISTÊNCIA. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA – JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. SÚMULA 568 DO STJ. RECURSO NÃO PROVIDO. [...] No que tange a pretensão recursal, depreende-se que a Corte de origem concluiu que a benesse da gratuidade da justiça, assim como de isenção das custas processuais, é matéria afeta ao juízo das execuções penais. [...] "Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, II, do Regimento Interno do STJ, nego provimento ao recurso especial. P. e I. Brasília (DF), 30 de novembro de 2017. Ministro Felix Fischer Relator (STJ – REsp: 1705121 SC 2017/0267121-2, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Publicação: DJ 06/12/2017)(grifo nosso).

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA. TRIBUNAL DO JÚRI. ART. 121, § 2º, INCISOS I E IV, DO CPB. RÉU CONDENADO À PENA DEFINITIVA DE 12 (DOZE) ANOS DE RECLUSÃO EM REGIME INICIAL FECHADO. RECURSO LASTREADO NO ART. 593, III, ALÍNEAS A, C e D, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PLEITOS RECURSAIS: 1- PEDIDO DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DE EXECUÇÕES PENAIS. COMPETÊNCIA

DECLINADA. PRECEDENTES DO STJ. [...] APELO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA EXTENSÃO CONHECIDA, REJEITADAS AS PRELIMINARES ARGUIDAS E, NO MÉRITO, IMPROVIDO. (Apelação, Número do Processo: 0300696-46.2016.8.05.0079, Relator (a): SORAYA MORADILLO PINTO). (grifo nosso).

Diante disso, não conheço do pedido de concessão da gratuidade da justiça.

II. DA AUSÊNCIA DE NULIDADE DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 329 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, NO QUE TANGE À REALIZAÇÃO DE INSTRUÇÕES CRIMINAIS POR PLATAFORMAS DIGITAIS.

Os apelantes sustentam que, ao dispor sobre a realização de instruções criminais por videoconferência, o Conselho Nacional de Justiça teria legislado, em sua resolução nº 329/2020, sobre matéria processual penal, o que é competência privativa da União.

Por isso, afirmam que a edição do referido ato normativo estaria eivada de inconstitucionalidade formal, em ofensa ao art. 22, inciso I, da CF/88, na medida em que se caracterizaria como prática além dos limites de sua atuação, estabelecidos no art. 103-B, § 4º, da CF/88.

As referidas teses não merecem acolhimento.

Inicialmente, é relevante destacar que o Conselho Nacional de Justiça foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004 como um órgão integrante do Poder Judiciário, com a finalidade de exercer controle da sua atuação administrativa, disciplinar e financeira, notadamente dos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do STF.

Acerca do tema, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI nº 3.367, de relatoria do Ilmo. Ministro Cezar Peluso:

São constitucionais as normas que, introduzidas pela EC 45, de 8-12-2004, instituem e disciplinam o CNJ, como órgão administrativo do Poder Judiciário nacional. Poder Judiciário. Caráter nacional. Regime orgânico unitário. Controle administrativo, financeiro e disciplinar. Órgão interno ou externo. Conselho de Justiça. Criação por Estado-membro.

Inadmissibilidade. Falta de competência constitucional. Os Estados-membros carecem de competência constitucional para instituir, como órgão interno ou externo do Judiciário, conselho destinado ao controle da atividade administrativa, financeira ou disciplinar da respectiva Justiça. Poder Judiciário. CNJ. Órgão de natureza exclusivamente administrativa.

Atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. Competência relativa apenas aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do STF. Preeminência deste, como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional. Inteligência dos arts. 102, caput, I, r, e 103-B, § 4º, da CF. O CNJ não tem nenhuma competência sobre o STF e seus ministros, sendo este o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito. (ADI 3.367, rel. min. Cezar Peluso, j. 13-4-2005, P, DJ de 22-9-2006.)

Segundo leciona José Afonso da Silva (DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25ª Ed – São Paulo: Malheiros Editores, 2006),

“[...] Esse tipo de órgão externo é benéfico à eficácia das funções judiciais, não só por sua colaboração na formulação de uma verdadeira política judicial, como também porque impede que os integrantes do Poder

Judiciário se convertam num corpo fechado e estratificado”.

Noutro passo, a Carta Magna, ao dispor acerca das competências atribuídas ao Conselho Nacional de Justiça, previu que a este cabe a expedição de atos regulamentares, além de recomendar providências, consoante infere-se do seu art. 103-B, § 4º, I:

Art. 103-B.

[...] § 4º. Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I – zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências.

No que tange aos atos regulamentares, é sabido que estes são oriundos do poder regulamentar e têm a finalidade de complementar a lei, de onde extraem o seu fundamento, e não possuem o poder de alterar o ordenamento jurídico.

Acerca da matéria, José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008), instrui que:

“A prerrogativa, registre-se, é apenas para complementar a lei; não pode, pois, a Administração alterá-la a pretexto de estar regulamentando. Se o fizer, cometerá abuso de poder regulamentar, invadindo a competência do Legislativo.”

Já em relação à possibilidade da realização de audiências virtuais de instrução e julgamento na seara criminal, o Código Processual Penal traz previsão, em sentido positivo, para as hipóteses previstas nos artigos. 185, § 2º, e 217, ambos a seguir transcritos:

Art. 185. § 2o. Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

I – prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento;

II – viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;

III – impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código;

IV – responder à gravíssima questão de ordem pública.

Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu

defensor.

Ora, como bem conhecido por todos, o cenário pandêmico decorrente da COVID-19, vivenciado em todo o mundo, impôs a todos os seguimentos da sociedade que viessem a se adaptar e a procurar alternativas para garantir a efetiva continuidade das suas atividades.

Tal situação, diante da sua magnitude, visivelmente configura-se como gravíssima questão de ordem pública, apta a autorizar a realização de instruções criminais por plataformas digitais (art. 185, § 2º, IV, do CPP), ainda que não seja hipótese expressamente prevista no dispositivo legal sob análise.

No caso em tela, verifica-se que o ato normativo editado pelo Conselho Nacional de Justiça, consistente na Resolução nº 329/2020, retira seu fundamento legal do próprio texto do art. 185, § 2º, IV, do CPP, de modo que se apresenta como ato regulamentador de matéria já disposta em lei. Por esta razão, o ato normativo praticado pelo CNJ não criou, modificou ou revogou regra processual penal – competência privativa do Congresso Nacional, mas tão somente procedeu ao estabelecimento de parâmetros a serem guardados pelos magistrados quando da concretização do rito processual.

Registre-se, porque oportuno, que a própria Resolução combatida pelo apelante prevê, em seu art. 4º, que as audiências audiovisuais deverão ser realizadas em observância às mesmas garantias e princípios constitucionais a que os atos presenciais estão submetidos:

Art. 4º. As audiências e atos processuais realizados por videoconferência deverão observar os princípios constitucionais inerentes ao devido processo legal e a garantia do direito das partes, em especial:

I – paridade de armas, presunção de inocência, contraditório e ampla defesa;

II – participação do réu na integralidade da audiência ou ato processual nos termos do § 5º do artigo 185 CPP;

III – oralidade e imediação;

IV – publicidade;

V – segurança da informação e da conexão, com adoção de medidas preventivas a falhas técnicas;

VI – informação sobre o direito à assistência consular, no caso de réu migrante ou visitante; e

VII – o direito da defesa em formular perguntas diretas às partes e a testemunhas.

De mais a mais, considerando-se que não havia nenhuma previsão exata de quando chegaria ao fim a pandemia causada pelo coronavírus, foi de suma importância que fosse garantido o atendimento ao princípio da duração razoável do processo (art. 5º LXXVIII, da CF/88), bem como da ininterrupção da atividade jurisdicional (art. 93, XII, da CF/88). Aliás, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou acerca da matéria sub judice, em sede do Habeas Corpus de nº 590.140-MG, tendo concluído pela indispensável necessidade na observância dos parâmetros estabelecidos pela Resolução nº 329/2020, do CNJ:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO POR VIDEOCONFERÊNCIA. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. EXCEPCIONALIDADE DA SITUAÇÃO. CALAMIDADE PÚBLICA. PANDEMIA DE COVID-19.

RESOLUÇÃO N. 329/2020 DO CNJ. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA. 1. A conjuntura atual de crise sanitária mundial é excepcionalíssima e autoriza, no âmbito de processos penais e de execução penal, a realização de atos (por exemplo, sessões de julgamento, audiências e perícias) por sistema áudio visual sem que isso configure cerceamento de defesa. 2. O Conselho Nacional de Justiça e os órgãos judiciais nas diversas unidades da Federação e comarcas do País colocaram em ação inúmeras boas práticas no segmento tecnológico, que têm assegurado a milhões de brasileiros o acesso aos serviços prestados pelo Judiciário, entre as quais, uma plataforma emergencial para realização de atos processuais por meio de videoconferência. 3. Para evitar que haja máculas aos princípios constitucionais relacionados à garantia de ampla defesa, Magistrados e Tribunais devem observar os parâmetros dados pelo Conselho Nacional de Justiça na Resolução n. 329, de 30/7/2020. 4. No caso, embora a regra geral – que deve sempre prevalecer – seja de que as audiências devem ser presenciais e o réu deve ser interrogado pessoalmente pelo Juiz, o contexto atual justifica a realização desses atos por videoconferência. A audiência de instrução e julgamento virtual deve ocorrer em tempo real, permitindo a interação entre o magistrado, as partes e os demais participantes, bem como devem ser adotadas todas as providências para buscar a máxima equivalência com o ato realizado presencialmente, respeitando a garantia da ampla defesa e o contraditório, a igualdade na relação processual, a efetiva participação do réu na integralidade da audiência e a segurança da informação e da conexão. 5. Ordem denegada. Liminar sem efeito. Recomendação ao Juízo expedida, em atenção ao parecer do Ministério Público Federal, para que, na impossibilidade de retomada das audiências presenciais pela situação epidemiológica da comarca, redesigne audiência por videoconferência, com observância das medidas previstas na Resolução n. 329/2020, do CNJ. (STJ – HC: 590140 MG 2020/0146502-7, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 22/09/2020, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/09/2020)

No caso em tela, a partir da análise da gravação da instrução realizada, verifico que não houve nenhuma circunstância caracterizadora de eventual cerceamento de direitos e garantias constitucionais dos apelantes, para os quais, inclusive, foi assegurado contato direto e exclusivo com a Defensoria Pública, de modo que a realização da assentada, virtualmente, não representou qualquer prejuízo aos mesmos.

Insta consignar que qualquer ato processual somente poderá ser declarado nulo quando gerar real prejuízo para qualquer das partes, conforme interpretação sistemática do art. 563, do Código Processual Penal, o que assim não ocorreu no presente caso.

Em concordância com o posicionamento aqui adotado, é o entendimento dos tribunais nacionais:

HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO QUALIFICADO – INTERROGATÓRIO EM PLENÁRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA – ALEGADA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PLENITUDE DE DEFESA – INOCORRÊNCIA – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A DETERMINAÇÃO DA MEDIDA – PANDEMIA DA COVID-19 – AMPARO NO ART. 185, § 2º, CPP – INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE – ORDEM DENEGADA. I – A instituição do júri é reconhecida pela Constituição Federal no artigo 5º, inciso XXXVIII, sendo assegurados a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a

vida. II – Ao réu é garantido o direito de presença, pelo qual lhe é assegurado a oportunidade de, junto ao seu defensor, acompanhar os atos de instrução, sendo-lhe oportunizado auxiliar na realização da defesa. III – In casu, a decisão proferida pelo magistrado de primeiro grau, que determinou a participação do réu por videoconferência, está devidamente fundamentada em dados concretos, uma vez que a situação excepcional de gravíssima questão de ordem pública, que é o caso da pandemia da Covid-19, é motivo suficiente para relativizar o direito de presença do réu, sem, contudo, ofender o princípio da plenitude de defesa, mormente quando é garantido ao paciente o constante acompanhamento do julgamento pelo sistema de videoconferência e o contato com seu defensor, estando, assim, o decisum amparado pelo disposto no artigo 185, § 2º, inciso IV, do CPP. Precedentes. IV – Ordem denegada, com o parecer. (TJ-MS – HC: 14115206420208120000 MS 1411520-64.2020.8.12.0000, Relator: Des. Zaloar Murat Martins de Souza, Data de Julgamento: 21/09/2020, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 24/09/2020)

Recurso em sentido estrito. Furto qualificado tentado. Prisão preventiva. Requisitos. Excesso de prazo. Audiência por videoconferência. Covid-19. 1 – Da decisão que indefere pedido de revogação de prisão preventiva, porque não prevista nas hipóteses de interposição do recurso em sentido estrito (art. 581 do CPP), não cabe esse recurso. Não obstante, nada impede o exame da questão, pois admite-se a concessão de habeas corpus de ofício em caso de manifesta ilegalidade. 2 – Os prazos estipulados na Instrução Normativa n. 1/11 do Tribunal não são absolutos. Devem ser examinados de acordo com as particularidades do caso. 3 – Demora em realizar audiência de instrução causada pela pandemia da Covid-19 e pela defesa, não é motivo para se relaxar a prisão preventiva, ainda mais se persistem os motivos que levaram à sua decretação – garantia da ordem pública –, pela gravidade concreta do crime (tentativa de furto qualificado), reiteração criminosa do recorrente e cometimento do crime quando em gozo de benefício durante execução penal. 4 – Possível realizar interrogatório do acusado por videoconferência nos casos, excepcionais, de gravíssima questão de ordem pública – pandemia causada pela Covid-19. No entanto, deve ser assegurada prévia comunicação entre o defensor e o acusado, pena de violação às garantias constitucionais (art. 185, § 2º, IV, e § 5º, do CPP. 5 – Não demonstrado efetivo prejuízo à defesa, mantém-se a decisão que determinou a realização de audiência por videoconferência, em consonância com as recomendações do CNJ e portaria conjunta do Tribunal. 6 – Recurso em sentido estrito não provido. (TJ-DF 07169870320208070001 DF 0716987-03.2020.8.07.0001, Relator: JAIR SOARES, Data de Julgamento: 23/07/2020, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 04/08/2020.)

Portanto, razão não há para o reconhecimento da inconstitucionalidade da Resolução nº 329/2020, do Conselho Nacional de Justiça, no que se refere à realização de instruções criminais através de plataformas digitais. Ademais, como já salientado, não foi constatada qualquer irregularidade ou circunstância caracterizadora de supressão de direitos/garantias constitucionais dos apelantes, quando da realização da assentada por videoconferência pelo Juízo a quo e, à vista disso, não houve qualquer prejuízo aos mesmos, razão pela qual inexistente nulidade a ser reconhecida. III. DA AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS. NÃO ACOLHIMENTO DO PLEITO ABSOLUTÓRIO.

A) DO CRIME DE FURTO QUALIFICADO.

A defesa sustenta que “o conjunto probatório constante dos autos mostrou-se frágil e controverso, insuficiente para imputar responsabilidade penal ao recorrente”.

Diferentemente do quanto defendido, a prova acusatória existente dos nos autos é robusta.

A materialidade delitiva encontra-se positivada pelos depoimentos da vítima, das testemunhas e pelas confissões extrajudiciais (ID 3942619). No tocante à autoria, a vítima, Sr. OTÁVIO DE JESUS JÚNIOR, declarou:

“[...] que morava em cima da Pousada de Tuca, na rodoviária, que sempre deixava a moto embaixo para ir dormir; que nesse dia deixou a moto e subiu para ir dormir; que segunda feira desceu para ir trabalhar, procurou a moto e não encontrou mais a moto, que achou que alguém tivesse fazendo alguma brincadeira, então começou a perguntar para colegas próximos; que começou a procurar em algumas câmeras próximas e não viu nada; que ouviu comentários de que teria sido esses dois elementos de vulgo CHUCHU e o homossexual; que essa informação chegou ao declarante porque eles estavam hospedados em uma pousada em frente; que uma pessoa na rodoviária viu e pensou que a moto seria deles e que estava faltando gasolina, pois eles passaram empurrando; (...) que depois foram encontrados eles dois em cima da moto; que eles foram encontrados na região do Bonfim em situação de assalto; que eles rodaram no entrocamento de Valença-BA, Tancredo Neves e Serra Grande, fizeram assaltos naquela região e voltaram; que teve a moto restituída, porém toda destruída, pois eles bateram em um carro; que sofreu prejuízo de 4 mil reais, pois a moto deu perda total; que trabalhou com uma moto alugada e conseguiu comprar outra; que a moto é instrumento de trabalho do declarante, pois é mototaxista; (...) que na Delegacia teve contato com outras vítimas e um casal de Serra Grande registrou queixa contra eles; que primeiro foi na Delegacia e registrou a queixa; que entrou em contato com colegas policiais e eles fizeram uma busca; que os acusados foram encontrados em cima da moto; que ninguém disse ao declarante quem furtou a moto; que o declarante registrou a queixa e esperou; que os acusados foram encontrados em cima da moto; (...) que os réus foram presos pela polícia militar; que fez o reconhecimento dos réus na Delegacia; que reconheceu a motocicleta furtada; [...]”

A respeito da validade do testemunho da vítima, quando este se mostrar seguro e coerente, deve ser admitido caso não seja infirmado por outras evidências, que levem à segura conclusão de que ela se equivocou ou agiu com má-fé.

Nessa esteira, os precedentes 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).

“[...] 1. Conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a palavra das vítimas é plenamente admitida para embasar o decreto condenatório, mormente em casos nos quais a conduta delituosa é praticada na clandestinidade. [...]”

(AgRg no AREsp 297.871/RN, Rel. Ministro Campos Marques (Desembargador Convocado do TJPR), Quinta Turma, DJe 24/04/2013).

Nesse sentido, é também a jurisprudência do E. Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL. LEI ADJETIVA PENAL. ROUBO MAJORADO (ART. 157, caput, CP). ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEPOIMENTO DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA. CONSONÂNCIA COM DEMAIS ELEMENTOS DO ACERVO PROBATÓRIO. IMPROVIMENTO. I. Conforme se depreende da análise dos testemunhos colhidos no decorrer da instrução, na contramão do que propõe a tese defensiva, vislumbra-se a robustez do acervo probatório coligido, restando hercúlea e impossível a tarefa de albergar a tese absolutória suscitada pela Defesa, de modo que a sentença condenatória há de ser mantida. II. Calha acentuar, outrossim, que o depoimento da vítima, em se tratando de crimes patrimoniais, desde que em consonância com as demais provas carreadas aos autos, assume importante relevo. No caso em tela, não subsistem questionamentos a respeito do reconhecimento efetivado pela vítima, de forma que a pretensão defensiva resta inexoravelmente rechaçada. III. Não obstante tais considerações, imperioso salientar, ainda, que o policial militar ouvido sob o crivo do contraditório foi harmonioso em relação às demais provas coligidas aos autos, narrando, detalhadamente, o contexto fático e sempre confirmando o apelante como o autor do crime. IV. Diante do quanto esposado, e na esteira da manifestação da Procuradoria de Justiça, a sentença hostilizada encontra-se irrepreensível, não merecendo nenhum reproche, devendo permanecer, por isso mesmo, na sua integralidade, razão pela qual se CONHECE do recurso e, no seu mérito, NEGA-SE-LHE PROVIMENTO. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0523381-74.2014.8.05.0001, Relator (a): Abelardo Paulo da Matta Neto, Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma, Publicado em: 19/02/2019)

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. TESE ABSOLUTÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. DEPOIMENTO DA VÍTIMA, EM JUÍZO, AMPARADO PELO TESTEMUNHO POLICIAL E DEMAIS PROVAS COLETADAS NO CURSO DA PERSECUTIO CRIMINIS, INCLUSIVE A CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL DO DENUNCIADO – REPRIMENDA IDONEAMENTE ESTABELECIDADA – RECURSO IMPROVIDO. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0049147-94.2011.8.05.0001, Relator (a): Nilson Soares Castelo Branco, Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma, Publicado em: 02/05/2019) (TJ-BA – APL: 00491479420118050001, Relator: Nilson Soares Castelo Branco, Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma, Data de Publicação: 02/05/2019)

Ademais, em juízo, sob o manto do contraditório e da ampla defesa, o corréu JHONATAS DE JESUS, nome social SOFIA, afirmou que:

“[...] que só tem envolvimento no fato da moça que foi roubada na BR e da moto; que não tem nada haver com o rifle; que conheceu Joilton há pouco tempo; que o interrogado é usuário de drogas; que um dia estavam usando drogas e o rapaz colocou a moto lá; (...) que ele falou para o interrogado ir; que ele ligou a moto, então o declarante pegou os documentos e foi com ele; que a moto estava parada, ele conseguiu ligar a moto e saiu; que ele ligou a moto com a chave da porta do quarto da pousada; que o roubo da moto foi por volta das 4h da manhã; que ele chegou e pediu as roupas do interrogado; que ele jogou as coisas do interrogado fora (...) que quando voltou não tinha arma; que ele parou a moto lá na BR; que o interrogado ficou na moto e ele fez um roubo na BR; que aí seguiram; que em Tancredo Neves ele saiu e já voltou com o rifle; que ele saiu e já voltou sem a moto, pois o dono da moto tinha passado por cima dele com um carro; que

ele estava todo ferido, todo ralado (...) que na hora do roubo na BR o interrogado estava pilotando a moto; que o interrogado não viu arma nenhuma; (...) que além desse roubo na BR não teve outros; o que o rifle é uma arma grande com quase um metro [...]” (grifamos).

O acusado e recorrente JOILTON DE JESUS SANTOS, em juízo negou a participação no furto, porém, em sede preliminar, afirmou que:

“[...] confessa que na data de ontem, 17/02/2020, pela manhã, juntamente como seu comparsa, Johnathas de Jesus, conhecido como “SOFIA” e “JENIFER”, praticou furto de uma moto que estava estacionada próximo a Pousada do Tuca nas proximidades da Rodoviária de Valença, usando uma chave de casa; que o interrogando e a comparsa seguiram com a moto rumo a Zona Rural do Piau, onde o morador de nome João de Jesus, conhecido como JACKSON, emprestou uma arma tipo revolver, calibre 38, para o interrogando e o comparsa efetuassem um roubo, e com o resultado levar os pertences da vítima para ele; que o interrogando e a comparsa se dirigiram para BR-101, na Região do entrocamento de Valença, e roubaram umas seis pessoas utilizando violência e grave ameaça com a arma citada; que roubou seis celulares, uma quantia equivalente a R\$ 1.500,00 em espécie, um relógio de pulso marca fóssil com pulseira em material semelhante a couro; que para realizar esse assalto o interrogando e o comparsa utilizaram da moto furtada momentos antes e da arma emprestada por “JACKSON”; que meia hora depois do assalto, uma das vítimas avistou o interrogado na Região do Piau, e passou o carro por cima do interrogando fugiu e voltou para o barracão aonde estava escondido juntamente com sua comparsa SOFIA; que na data de hoje, 18/02/2020, por volta das 10:30h, o interrogando foi preso em flagrante dentro do barracão aonde estava escondido juntamente com sua comparsa SOFIA em posse de uma arma de fogo GR LONG RIFLE, calibre 22 (...) que o interrogado confessou que seria a referida arma utilizada para praticar assaltos juntamente com SOFIA; que a quantia de R\$ 1.500,00 e o revolver calibre 38 foram entregue a JACKSON [...]”. (grifamos)

Com efeito, apesar da retratação judicial do recorrente, as declarações em sede preliminar estão em total consonância com o contexto fático-probatório.

Diferentemente, a versão judicial de negativa de autoria não encontra amparo nos autos e não foi produzida qualquer prova capaz de infirmar as declarações da vítima e o depoimento do corréu.

Ademais, como bem registrou o douto juízo (ID 29428099):

“[...] Somado a isso, o réu declinou o nome do seu comparsa, aduziu a motivação do crime e apontou detalhes da mecânica delitiva. Assim, não é plausível afirmar que os policiais inventaram as informações e obrigaram o réu a falá-las. Por fim, a vítima também relatou que pessoas viram os réus juntos próximo à Rodoviária no dia anterior ao crime. O próprio réu de nome social SOFIA confessou que estavam na Pousada fazendo uso de drogas antes de furtarem a motocicleta [...]” (grifamos).

Portanto, os elementos probatórios constantes dos autos militam contra os acusados, sendo a palavra da vítima e depoimentos do corréu circunstâncias idôneas ao amparo do édito condenatório. Desse modo, não é digna de acolhimento a tese defensiva.

B) DO CRIME DE ROUBO

Quanto ao crime de roubo, a prova produzida nos autos também não comporta dúvida.

A materialidade delitiva encontra-se positivada pelos depoimentos da vítima, das testemunhas e pelas confissões extrajudiciais (ID 3942619). No tocante à autoria, a vítima, Sra. ELIETE SOUSA DOS SANTOS, declarou:

“[...] que foi vítima de roubo; que Joilton desceu da moto com uma arma de fogo; que o outro nem desceu da moto; que a declarante estava lavando roupas no fundo; que ele passou direto na pista e apontou para a barraca da declarante e retornou; que a declarante viu alguém chamando e praticamente ele (Joilton) já estava dentro da casa; que a declarante estava fazendo comida com uma panela de pressão no fogo; que ele perguntou por comida e ela falou que iria demorar; que ele falou que esperava, então a declarante disse que não servia comida, apenas vendia beiju feito na hora; que então ele falou que queria beiju; que a declarante disse a relação de sabores dos beijos; que fez beiju de queijo e manteiga pra ele; que a moto estava ligando e apagando; que ele xingava ela (SOFIA); que ele levantou, pegou a moto e deu uma volta para mostrar para ela como era para moto ficar ligada; que a declarante entrou e pegou o queixo; que então a declarante pegou os celulares e escondeu embaixo do travesseiro; (...) que quando ele retornou segurou no ombro da blusa da declarante e apontou a arma para sua cabeça; que ele dizia quero dinheiro, quero dinheiro; que então a declarante disse que não tinha dinheiro; que mostrou a gavetinha de dinheiro para ele; que só tinha algumas moedas; que abriu outra gaveta e ele pegou R\$ 60,00; que ele levou a declarante para dentro, colocando a para sentar em um quarto; que ele começou a abrir as gavetas e a todo momento dizia eu quero dinheiro, cadê o celular ?; que a declarante pegou os dois celulares e entregou para ele; que ele perguntou a senha; que enquanto isso ele abria os guardas roupas e pegou o relógio do esposo da declarante; (...) que ele pegou uma caneta e mandou a declarante anotar a senha dos celulares; que a declarante pegou uma caneta e estava anotando a senha; que o esposo da declarante chegou e ele percebeu; que o outro que estava na moto deu o sinal acelerando a moto; que ele falou já vou; que ele saiu e se deparou com o esposo da declarante; que ele indagou se era o esposo da declarante e falou para ele entrar e não olhar para trás, se não ele morria; que ele empurrou o esposo da declarante para o lado do comércio, montou na moto e saiu; que ele levou um relógio, dois celulares e uma quantia em dinheiro; que recuperou os objetos, menos o celular; que a pessoa que ficou na moto, na primeira impressão parecia uma mulher, mas depois a declarante percebeu que era um travestir; que só foi segurada e ameaçada com a arma; que ele xingava muito a declarante; que a declarante reconheceu os celulares; que na Delegacia também reconheceram eles [...]”.

Ademais, a segunda vítima, Sr. JOSELMO PEREIRA DE OLIVEIRA, em juízo, declarou que:

“[...] que o declarante foi questão de um minuto; que foi chegando no estabelecimento e viu a moto parado; que então não entrou e ficou recuado; que o declarante sabia que tinha alguém dentro de casa; que o declarante deu as costas e ele mandou recuar [...] que ele estava armado; que ele só fez mandar o declarante dá às costas; que a mulher do declarante disse que ele não tocou nela, mas ficou ameaçando; que eles levaram um celular e um relógio do declarante; que fez o reconhecimento dos acusados na Delegacia; que quando o declarante chegou eles já tinham subtraídos os celulares; que

o declarante chegou depois; que ele mandou o declarante dar às costas, xingou o declarante e saiu [...] que reconheceu o aparelho celular; que recuperou o celular e o relógio [...]”.

Em acréscimo às palavras das vítimas, o SGT/PM JEAN JOSE SILVA DA CRUZ asseverou que:

“[...] assumiu o serviço e já tinham tomado conhecimento de que ele já tinha praticado o roubo da moto na Cidade, que tinha fugido e acontecido um acidente; que a guarnição do dia anterior não conseguiu alcançá-los, mas haviam informações dando conta de que eles estavam na região das Três Missas, onde conseguiram localizá-los; que com essas informações foram fazendo policiamento na região para tentar encontrá-los escondidos em um barraco; que quando chegaram no barraco, fizeram um cerco e conseguiram prendê-lo; que acharam a arma; que posteriormente encontraram o celular e os documentos das vítimas que eles tinham feito os assaltos; que no momento da prisão, a princípio eles negaram; que indagaram a respeito do roubo no dia anterior; que como os policiais tinham um informe preciso das características, conduziram os réus até a Delegacia; que em Valença eles roubaram um moto; que na região de Zona Rural eles saíram saqueando as pessoas em ponto de ônibus e pontos comerciais; que eles davam voz de assalto e tomavam os celulares, justamente os celulares que foram apreendidos juntos com a arma; que os assaltos foram do entrocamento de Valença até a Região de Serra Grande; que indagaram sobre o dinheiro e foi quando configurou a figura de Sr João; que eles diziam para Sr João entrega o dinheiro, entrega o dinheiro, mas Sr João dizia que eles estavam mentindo; que por isso também resolveram conduzir o Sr João; que eles diziam que o Sr João era o chefe; que não acharam o dinheiro; que na Delegacia tomaram conhecimento de que ele era o autor da morte do Comerciante lá em Taperoá; que a denuncia do homicídio em Taperoá foi contra Joilton; (...) que lá na Delegacia duas ou três vítimas reconheceram eles; que encontraram com eles a arma, celular, identidade, relógios; que não encontraram o dinheiro; que foi feito um mini arrastão, que salvo engano foram mais de cinco roubos; que sobre a motocicleta, as informações foram de que ele, com uso de uma chave que liga tudo, conseguiu pegar a moto e ligar [...]”.

Outrossim, o SD/PM ANDRÉ MARQUES SANTOS ratificou dizendo:

“[...] a guarnição assumiu o serviço e foram informados da situação na noite anterior no entroncamento de Valença; que começaram a efetuar rondas; que receberam informações anônimas de que dois indivíduos estavam em uma casa abandonada; que imediatamente a guarnição se deslocou e ao chegar lá se deparou com os dois indivíduos na residência; que um estava muito machucado, segundo ele devido ter caído da moto na noite anterior; que fizeram uma varredura e encontraram a arma longa do tipo espingarda; que após encontraram os objetos; que os mesmos informaram que tinha uma quantia em espécie que estava com um senhor próximo da casa; que esse senhor negou, mas eles continuaram insistindo, dizendo que esses pertences estavam com essa pessoa; (...) que nessa situação a guarnição conduziu os dois e mais o senhor para ele prestar esclarecimento na Delegacia; (...) que outros celulares e relógios pertencentes às vítimas foram encontrados [...]”.

Vê-se, portanto, que a negativa de autoria não encontra amparo nos autos, sendo a versão defensiva completamente dissociada do contexto probatório. Nesse passo, as palavras das vítimas são congruentes e harmônicas com o depoimento policial. Foi registrado todo o modus operandi dos agentes e os reconhecimentos também foram realizados pelas vítimas.

Lado outro, além da palavra do réu JOHNATHAS DE JESUS ("SOFIA"), não há qualquer elemento que comprove que este tenha sofrido coação moral irresistível, sendo ônus da defesa a comprovação da referida causa de exclusão da culpabilidade, vejamos:

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL – NÃO CABIMENTO – PENA-BASE – REDUÇÃO – INVIÁVEL – PLEITO PELO RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DO ART. 65, III 'C', DO CP – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO. Se a defesa não se incumbiu do ônus previsto no art. 156 do CPP, de comprovar que o apelante tenha suportado qualquer tipo de coação, inviável o reconhecimento da excludente da coação moral irresistível ou da incidência da atenuante da coação moral resistível. Mantém-se o quantum levado a efeito na sentença para a exasperação da pena basilar, posto que devidamente fundamentado em elementos concretos e fixado dentro dos critérios da razoabilidade e proporcionalidade. (TJ-MS – APR: 00009311120198120007 MS 0000931-11.2019.8.12.0007, Relator: Des. Jonas Hass Silva Júnior, Data de Julgamento: 18/03/2021, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 22/03/2021)

Com efeito, o relato da vítima aponta que os xingamentos proferidos ao réu "SOFIA" se deram no contexto em que esta não conseguia manter a motocicleta ligada, ocasião em que o réu a xingava, até ir em sua direção para lhe indicar o modus operandi pretendido. Não há, portanto, prova suficiente para a exclusão da culpabilidade.

Diante disso, restou devidamente comprovada a "subtração de dois aparelhos celulares, um relógio e quantidade em dinheiro, mediante grave ameaça de 02 (duas) vítimas, com uso de arma de fogo, por parte dos denunciados", como registrou o d. Juízo.

Portanto, mantém-se a sentença condenatória.

IV. DA DOSIMETRIA DA PENA.

É sabido que o cálculo da pena, no ordenamento jurídico-penal brasileiro, obedece ao denominado sistema trifásico, que consiste na aplicação prática do princípio constitucional da individualização da pena, previsto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal de 1988.

Assim, passo à análise da dosimetria da pena aplicada pelo juízo de origem.

O Juízo a quo julgou parcialmente procedente a denúncia para condenar os réus, "JOILTON DE JESUS SANTOS, vulgo CHUCHU, e JOHNATHAS DE JESUS, de nome social SOFIA, já qualificados nos autos, pelas práticas dos crimes previstos nos artigos 155, § 1º, § 4º, inciso III e IV (furto qualificado e majorado), em concurso material (artigo 69 CP) com o crime previsto no artigo 157, § 2º, inciso II e § 2º-A, inc I (roubo majorado pelo concurso de pessoas e emprego de arma de fogo) contra 02 (três) vítimas, c/c art. 70, caput, (concurso formal próprio)".

A) DO FURTO QUALIFICADO

Na dosimetria da pena, quanto ao crime de furto, o juízo primevo considerou existentes duas qualificadoras: o emprego de chave falsa e o concurso de agentes.

A este respeito, as defesas pugnam pela exclusão da qualificadora do uso de chave falsa “porquanto não há quaisquer provas acerca da materialidade da qualificadora prevista no artigo 155, § 4º, III, do Código Penal”. Para a aplicação da qualificadora, o d. Juízo asseverou que “restou comprovado por meio das declarações da vítima e interrogatório dos réus, que houve o emprego de chave falsa no momento de ligar e dar partida na motocicleta para pratica do furto” (ID 29428099, fls. 12). Sabe-se que para a aplicação da qualificadora do emprego de chave falsa, em regra, a orientação do Superior Tribunal de Justiça é pela imprescindibilidade da elaboração de laudo pericial (vide AgRg no HC n. 627.886/SC, Sexta Turma, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, DJe de 17/02/2021). No entanto, a jurisprudência da Corte da Cidadania excepciona a referida regra nas hipóteses de desaparecimento dos vestígios, quando esta for demonstrada por outros meios de prova, vejamos:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE CHAVE FALSA. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA. EMPREGO DE CHAVE FALSA. INVIABILIDADE. PRESCINDIBILIDADE DE PERÍCIA EM FACE DA INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS. QUALIFICADORA CORROBORADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA CONSTANTE DOS AUTOS. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES E FRAÇÃO APLICADA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE POR SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA E INADMISSIBILIDADE DE INOVAÇÃO RECURSAL EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONDENAÇÃO ATINGIDA PELO PERÍODO DEPURADOR. AFASTA OS EFEITOS DA REINCIDÊNCIA, MAS CARACTERIZA MAUS ANTECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. MAUS ANTECEDENTES PELO MESMO DELITO. INVIABILIDADE. INDEFERIMENTO JUSTIFICADO EM FACE DO ARTIGO 44, INC. III, DO CP. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS NOVOS APTOS A ALTERAR A DECISÃO AGRAVADA. [...] II – No tocante ao emprego da chave falsa, cumpre salientar que “o entendimento desta Corte Superior de Justiça está consolidado no sentido de que, nos casos de furto qualificado pelo emprego de chave falsa em que há vestígios é imprescindível a elaboração de laudo pericial para a comprovação da mencionada qualificadora, salvo se desaparecidos os vestígios” (AgRg no HC n. 627.886/SC, Sexta Turma, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, DJe de 17/02/2021, grifei). III – No caso dos autos, contudo, o Tribunal de origem asseverou a impossibilidade de realização da perícia em face da inexistência de vestígios justificadores da aplicação do art. 158 do CPP. Ademais, a qualificadora objurgada foi mantida também com base em outros elementos de prova produzidos sob o crivo do contraditório judicial, não havendo que se falar, por conseguinte, em ilegalidade a ser sanada quanto a este ponto. Precedentes. [...] Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 718.139/SC, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tjdft), Quinta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe de 26/4/2022.)

No caso dos autos, a não realização da perícia se deu pela ausência de vestígios, considerando que a chave falsa não fora apreendida (vide auto de ID 29427625, fls. 10).

Além disso, a vítima, Sr. OTÁVIO DE JESUS JÚNIOR, declarou em juízo que teve a motocicleta restituída “toda destruída”, em razão de uma queda que ocorreu após o furto.

Sendo assim, na forma do art. 167, do CPP, “não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”.

Nesse sentido, orienta a Corte da Cidadania:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PLEITO DE EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA, ANTE A AUSÊNCIA DE PERÍCIA. DELITO QUE NÃO DEIXOU VESTÍGIOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO. I – A parte que se considerar agravada por decisão de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de habeas corpus e recurso ordinário em habeas corpus, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a. II – O art. 167 do Código de Processo Penal dispõe que "não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta". III – In casu, "Os policiais, nas duas fases processuais, informaram que encontraram a chave mixa dentro do veículo e a testaram na porta, sendo que esta funcionou para abrir e trancar a porta", assim como, "o réu também confirmou o uso da chave mixa em juízo, esclarecendo que já havia feito a chave dias antes, e ao passar pelo local, viu o veículo estacionado, e foi testá-la para ver se abria o carro, e como a chave funcionou para abrir o veículo, ingressou no automóvel e iniciou os atos de subtração". Tais circunstâncias inviabilizam a realização de corpo de delito, pois ao abrir o veículo, o paciente não deixou vestígios, de modo que, a qualificadora do emprego de chave falsa se encontra devidamente comprovada pela confissão do paciente e pelos relatos da vítima e da autoridade policial, inexistindo portanto, flagrante ilegalidade a ensejar a concessão da ordem de ofício. Precedentes. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 617.460/SC, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 23/2/2021, DJe de 1/3/2021.)

Por isso, em havendo a comprovação do seu uso pelo relato da vítima e pelas declarações das testemunhas policiais, mantém-se a qualificadora do emprego de chave falsa para ambos os réus. De outra banda, o concurso de agentes também foi devidamente comprovado pela prova oral colhida e pela parcial confissão de um dos recorrentes, razão pela qual essa qualificadora deve ser mantida, mas será utilizada em outra etapa do cálculo dosimétrico. No cálculo da pena-base, o juízo primevo fixou a reprimenda em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, tendo valorado negativamente a culpabilidade, em função do concurso de pessoas, e as consequências do crime, vejamos:

"[...] a) Culpabilidade: verifica-se que o réu agiu com culpabilidade extrema à espécie, uma vez que o crime foi praticado em concurso de pessoas, razão pela qual considero tal circunstância como desfavorável; [...] g) Consequências do crime: as consequências também foram graves e anormais.

Após ter furtado a motocicleta, o réu utilizou a res para praticar vários outros crimes graves, inclusive chegando a colidir a motocicleta contra um carro.

Assim, a vítima experimentou fortes prejuízos, tendo em vista que era mototaxista, utilizava a motocicleta como ferramenta de trabalho, sendo que, ao ser recuperada, não pôde mais ser aproveitada, devido às avarias sofridas.

Ademais, considerando a situação econômica do réu, pouco provável que a

vítima venha a ser indenizada pelos danos materiais e morais sofridos. Assim, considero tal circunstância como desfavorável.

A fundamentação empregada pelo d. Juízo é idônea e atende ao princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CRFB/88).

Em relação às qualificadoras, a possibilidade de utilização da sobejante em outra etapa da dosimetria é pacífica na jurisprudência (vide STJ – REsp: 1657856 MG 2017/0048466–3, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Publicação: DJ 02/08/2017).

De outra banda, quanto às consequências do crime, foi demonstrado que estas transbordaram ao ínsito ao tipo penal, uma vez que, além da deterioração da res furtiva, a vítima perdeu o seu instrumento de trabalho e teve de experimentar intenso prejuízo.

Por isso, a fixação das penas-base é irretocável.

Na segunda fase, não se considerou a existência de agravantes. Presente, todavia, a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, d, do CP”), a pena foi estabelecida em 03 (três) anos de reclusão para o acusado JOILTON DE JESUS SANTOS.

Para o acusado JOHNATHAS DE JESUS, nome social" SOFIA ", reconheceu-se duas atenuantes, a confissão espontânea e a menoridade relativa. Por esta razão, a pena-intermediária foi estabelecida em 02 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Por fim, na terceira fase, foi aplicada a causa de aumento do art. 155, § 1º, do CP, qual seja, o furto praticado durante o repouso noturno.

A respeito, impende registrar, entretanto, ressalvado o entendimento pessoal deste Relator, que a Jurisprudência do STJ, em sede de julgamento de Recursos Repetitivos, pacificou o entendimento de “A causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal (prática do crime de furto no período noturno) não incide no crime de furto na sua forma qualificada (§ 4º)”, vejamos:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. DIREITO PENAL. FURTO. PRECEDENTE JUDICIAL VINCULATÓRIO. REEXAME DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. NECESSIDADE. HERMENÊUTICA JURÍDICA. NÃO INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO REPOUSO NOTURNO NO FURTO QUALIFICADO. AUMENTO DE PENA EM RAZÃO DE FURTO COMETIDO DURANTE O REPOUSO NOTURNO. DESPROPORCIONALIDADE.

1. Na formulação de precedente judicial, sobretudo diante de sua carga vinculatória, as orientações jurisprudenciais, ainda que reiteradas, devem ser reexaminadas para que se mantenham ou se adéquem à possibilidade de evolução de entendimento.

2. A interpretação sistemática pelo viés topográfico revela que a causa de aumento de pena relativa ao cometimento do crime de furto durante o repouso noturno, prevista no art. 155, § 1º, do CP, não incide nas hipóteses de furto qualificado, previstas no art. 155, § 4º, do CP.

3. A pena decorrente da incidência da causa de aumento relativa ao furto noturno nas hipóteses de furto qualificado resulta em quantitativo que não guarda correlação com a gravidade do crime cometido e, por conseguinte, com o princípio da proporcionalidade.

4. Tese jurídica: A causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal (prática do crime de furto no período noturno) não incide no crime de furto na sua forma qualificada (§ 4º).

5. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp n. 1.888.756/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 25/5/2022, DJe de 27/6/2022.)

Diante disso, alinho-me à Corte da Cidadania e promovo a exclusão da majorante do § 1º do art. 155 do CP, razão pela qual estabeleço a pena definitiva do réu JOILTON DE JESUS SANTOS em 03 (três anos) de reclusão e pagamento de 60 (sessenta) dias-multa.

Para o réu JOHNATHAS DE JESUS, nome social "SOFIA", quanto ao tipo do art. 155, § 4º, III, do CP, estabeleço a pena definitiva 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 39 (trinta e nove) dias-multa.

B) DOS CRIMES DE ROUBO MAJORADO

Quanto aos crimes de ROUBO, as penas-base foram fixadas no mínimo legal, a saber, em 04 (quatro) anos de reclusão.

Na segunda etapa, ausentes as agravantes. Presentes as atenuantes da confissão e também da menoridade relativa para o segundo réu, porém, em razão do entendimento cristalizado na súmula 231, do STJ, mantém-se a reprimenda inalterada.

Na terceira fase, o juízo primevo aplicou as majorantes do emprego de arma de fogo (2/3) e do concurso de agentes (1/3) de forma cumulativa. Para tanto, utilizou a seguinte fundamentação:

“[...] In casu, restou demonstrada a gravidade da conduta delitiva no caso concreto, haja vista que o réu praticou o crime, em concurso de pessoas, utilizando arma de fogo de alto poder lesivo. Por outro lado, restou comprovado que o réu e seu comparsa estava praticando vários crimes contra o patrimônio na localidade, causando caos e terror, razão pela qual cabível a aplicação de ambas as causas de aumento. Ademais, a recente alteração legislativa não estabelece uma alternativa entre aplicar uma ou outra causa de aumento. Ao contrário, as causas de aumento de concurso de pessoas e uso de arma de fogo foram lançadas em parágrafos diversos, o que permite concluir pela aplicação cumulativa de tais circunstâncias específicas [...]”.

A respeito, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, “em relação ao crime de roubo, a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o art. 68, parágrafo único, do Código Penal, não exige que o juiz aplique uma única causa de aumento referente à parte especial do Código Penal, quando estiver diante de concurso de majorantes, mas que sempre justifique a escolha da fração imposta” (vide STJ – AgRg no AREsp: 1708462 PR 2020/0128260–6, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 13/10/2020, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/10/2020).

Na hipótese, o d. Juízo apresentou fundamentação concreta e específica, apontando o alto poder lesivo da arma de fogo e do concurso de pessoas. Ademais, registrou que os acusados praticaram diversos crimes contra o patrimônio na localidade, causando caos e terror na comunidade local, circunstâncias que justificam a aplicação sucessiva das qualificadoras. Por isso, na terceira etapa, é devida a aplicação da pena em 08 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão para cada crime de roubo e pagamento de 100 (cem) dias-multa.

Considerando que o delito foi praticado em face de duas vítimas, aplica-se a regra do concurso formal próprio (art. 70, do CP).

Assim, majorando-se a pena na fração mínimo de 1/6 (um sexto), resta estabelecida em 10 (dez) anos de reclusão e 120 (cento e vinte) dias-multa, para delito de roubo majorado, tanto para o acusado JOILTON DE JESUS SANTOS, quanto para o réu JOHNATHAS DE JESUS, nome social "SOFIA

".

Lado outro, com a regra do art. 69, do CP, somam-se as penas dos delitos e a reprimenda definitiva do réu JOILTON DE JESUS SANTOS resta fixada em 13 (treze) anos de reclusão e pagamento de 180 (cento e oitenta) dias-multa. Para o réu JOHNATHAS DE JESUS, nome social" SOFIA ", a pena final resta estabelecida em 12 (doze) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 159 (cento e cinquenta e nove) dias-multa.

Nesse ponto, a defesa requer o reconhecimento do crime continuado, com o afastamento do concurso material de crimes.

De início, é forçoso destacar que o chamado crime continuado ou a continuidade delitiva, é a "modalidade de concurso de crimes que se verifica quando o agente, por meio de duas ou mais condutas, comete dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, local, modo de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro" (MASSON, p. 849, 2017).

Trata-se de uma ficção jurídica adotada pelo Código Penal pátrio em seu art. 71, que diante de uma pluralidade de crimes, resolveu "conferir ao concurso material um tratamento especial, dando ênfase à unidade de desígnio" (Nucci, p. 688, 2020).

Da análise do art. 71, extrai-se que o reconhecimento do crime continuado depende da conjugação simultânea de três requisitos: 1) pluralidade de condutas; 2) pluralidade de crimes da mesma espécie e 3) condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes. São os chamados requisitos objetivos.

A fim de distinguir a figura jurídica do crime continuado da mera reiteração ou habitualidade criminosa, a jurisprudência pátria e parte da respeitada doutrina, promoveram a inserção de um quarto requisito, qual seja, a unidade de desígnio, consistente, então, no chamado requisito subjetivo.

Com efeito, tal concepção deriva da adoção da teoria objetivo-subjetiva, que assinala que para a prova do crime continuado, se exige não apenas a demonstração dos requisitos objetivos, mas ainda a prova da unidade de desígnio. A este respeito, leciona Guilherme Nucci (p. 690, 2020):

"A corrente ideal, sem dúvida, deveria ser a terceira (objetivo-subjetiva), tendo em vista possibilitar uma autêntica diferença entre o singelo concurso material e o crime continuado; afinal, este último exigiria a unidade de desígnio. Somente deveria ter direito ao reconhecimento desse benefício legal o agente criminoso que demonstrasse ao juiz o seu intuito único, o seu propósito global, vale dizer, evidenciasse que, desde o princípio, ou pelo menos durante o iter criminis, tinha o propósito de cometer um crime único, embora por partes". (grifamos).

O requisito da "unidade de desígnios", advindo da adoção da teoria objetivo-subjetiva do crime continuado, é amplamente acolhido pelos Tribunais Superiores, vejamos:

HABEAS CORPUS. ROUBOS MAJORADOS (ART. 157, § 2º, I E II DO CÓDIGO PENAL). INCIDÊNCIA DA REGRA DO CRIME CONTINUADO (CP, ART. 71). REQUISITOS NÃO PREENHIDOS. PRECEDENTES. 1. O reconhecimento da continuidade delitiva, prevista no art. 71 do Código Penal, está condicionado ao preenchimento dos seguintes requisitos: (a) a pluralidade de condutas; (b) a pluralidade de crimes da mesma espécie; (c) que os crimes sejam praticados em

continuação, tendo em vista as circunstâncias objetivas (mesmas condições de tempo, lugar, modo de execução e outras semelhantes); e, por fim, (d) a unidade de propósitos. Pressupostos não configurados. 2. Habeas corpus denegado. (STF – HC: 106982 RS – RIO GRANDE DO SUL 9014130-64.2011.1.00.0000, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 28/11/2017, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-023 08-02-2018)(Grifo nosso)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIO QUALIFICADO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. CONTINUIDADE DELITIVA. TEORIA OBJETIVA-SUBJETIVA. VERIFICAÇÃO DE LIAME SUBJETIVO ENTRE OS CRIME PARCELARES. IMPOSSIBILIDADE. INDEVIDO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena. 3. O crime continuado é benefício penal, modalidade de concurso de crimes, que, por ficção legal, consagra unidade incindível entre os crimes parcelares que o formam, para fins específicos de aplicação da pena. Para a sua aplicação, a norma extraída do art. 71, caput, do Código Penal exige, concomitantemente, três requisitos objetivos: I) pluralidade de condutas; II) pluralidade de crime da mesma espécie; III) condições semelhantes de tempo lugar, maneira de execução e outras semelhantes (conexão temporal, espacial, modal e ocasional); IV) e, por fim, adotando a teoria objetivo-subjetiva ou mista, a doutrina e jurisprudência inferiram implicitamente da norma um requisito da unidade de desígnios na prática dos crimes em continuidade delitiva, exigindo-se, pois, que haja um liame entre os crimes, apto a evidenciar de imediato terem sido esses delitos subsequentes continuação do primeiro, isto é, os crimes parcelares devem resultar de um plano previamente elaborado pelo agente. Observa-se que as instâncias ordinárias não constatarem a existência do requisito subjetivo da unidade de desígnios entre os crimes de homicídio e, paralelamente, os de ocultação de cadáver, o que não é possível fazer nesta estreita via do habeas corpus, sob pena de indevido revolvimento fático-probatório. 4. Habeas corpus não conhecido. (STJ – HC: 408842 MS 2017/0176521-9, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 22/05/2018, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/05/2018)

No caso dos autos, o preenchimento do requisito de ordem objetiva é evidente, porém apesar de observar que os crimes foram cometidos em condições de tempo e lugar semelhantes, nem mesmo a defesa registrou a ocorrência do liame subjetivo entre os delitos. De outra banda, conforme Tese de nº 01, da Ed. Nº 20, da Jurisprudência em Teses do STJ “Para a caracterização da continuidade delitiva, são considerados crimes da mesma espécie aqueles previstos no mesmo tipo

penal”.

Assim, apesar de integrarem o rol de crimes contra o patrimônio, os delitos de furto e roubo não são da mesma espécie, uma vez que para tanto os delitos necessitam constar no mesmo tipo penal.

Nesse sentido, orienta a Corte da Cidadania:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. FURTO E ROUBO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. REEXAME DE PROVA. NÃO OCORRÊNCIA. 1. É consolidado nesta Corte o entendimento de que não há falar em continuidade delitiva entre roubo e furto, porquanto, ainda que possam ser considerados delitos do mesmo gênero, não são da mesma espécie (HC n. 202.792/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 19/9/2013). 2. Ao decidir pela impossibilidade de se reconhecer a continuidade delitiva entre os delitos de roubo e furto, a decisão agravada não reexaminou as provas, mas apenas a atribuição de nova qualificação jurídica aos fatos delimitados na sentença e no acórdão recorrido, motivo pelo qual não incide o óbice da Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental improvido. (STJ – AgRg no REsp: 1525229 MG 2015/0083986-8, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 26/05/2015, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/06/2015)

Diante do quanto narrado, entendo incabível o reconhecimento da continuidade delitiva.

Lado outro, devem ser mantidos os demais termos da sentença penal condenatória, como o regime inicial fechado e a negativa da substituição da pena por restritivas de direitos.

Quanto ao pleito da concessão do direito de recorrer em liberdade, entendo que o pedido formulado não encontra amparo jurídico, sobretudo porque os acusados permaneceram presos preventivamente durante a instrução processual, de sorte que a segregação cautelar se mostra imprescindível e a fortiori com a prolação do édito condenatório, que confirmou a gravidade concreta das condutas criminosas imputadas.

Nesse sentido, é o entendimento do STJ:

“[...] A manutenção de custódia cautelar ganha reforço com a prolação de sentença condenatória que não concede a paciente que ficou preso durante toda a instrução processual o direito de recorrer em liberdade, por subsistirem as circunstâncias que justificaram a decretação da prisão preventiva”. (AgRg no HC 612.972/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 22/06/2021, DJe 28/06/2021).

Portanto, confirmada a prática delitiva e verificada a necessidade de preservação da ordem pública, ante o risco iminente de reiteração delitiva, deve ser negado o direito de recorrer em liberdade e mantida a sentença em seus demais termos.

Por fim, quanto ao pedido de prequestionamento, formulado pela Defensoria Pública, é digno destacar que ao julgador não é imposta a apreciação de todas as normas, artigos e princípios suscitados pelas partes, mas apenas dos motivos que levaram à conclusão fundamentada e objetiva da controvérsia, sobretudo quando a abordagem das matérias propostas trouxe manifestações implícitas e explícitas sobre as pretensas violações.

V. DA CONCLUSÃO

Destarte, acolho em parte o parecer emitido pela d. Procuradoria de Justiça (ID 30295720) e voto pelo CONHECIMENTO e PROVIMENTO PARCIAL dos

recursos de apelação interpostos, para promover a exclusão da majorante do repouso noturno (§ 1º do art. 155 do CP), nos termos do quanto decidido pelo STJ no Tema 1087 (vide 3ª Seção. REsp 1.890.981-SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 25/05/2022).

Dessa forma, a reprimenda definitiva do réu JOILTON DE JESUS SANTOS resta fixada em 13 (treze) anos de reclusão e pagamento de 180 (cento e oitenta) dias-multa.

Para o réu JOHNATHAS DE JESUS, nome social" SOFIA ", a pena final resta estabelecida em 12 (doze) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 159 (cento e cinquenta e nove) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença penal condenatória.

É como voto.

Salvador, data registrada no sistema.

JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO
SUBSTITUTO DE 2.º GRAU – RELATOR