

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0521703-48.2019.8.05.0001

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE:

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

APELAÇÃO CRIMINAL. DIREITO PENAL E PROESSUAL PENAL. CONDUTA DELITIVA INSCULPIDA NO ART. 157,CAPUT C/C ART. 61, II, C, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. SUPOSTA FRAGILIDADE DO ACERVO PROBATÓRIO. INACOLHIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. VALIDADE DOS DEPOIMENTOS PRESTADOS PELA VÍTIMA E POLICIAIS. PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA MODALIDADE TENTADA. IMPOSSIBILIDADE. CRIME CONSUMADO. EXEGESE DA SÚMULA 582 DO STJ. REFORMA DA DOSIMETRIA PARA AFASTAR A AGRAVANTE CONSTANTE NO ART. 61,II,C DO CÓDIGO PENAL. INVIABILIDADE. COMPROVADO NOS AUTOS QUE O RÉU AGIU DE FORMA DISSIMULADA PARA ABORDAR A VÍTIMA E PERPETRAR O CRIME DE ROUBO. PLEITO DE APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. NÃO ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. RÉU SEGREGADO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO. RECORRER EM LIBERDADE. INALBERGAMENTO.BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. ACOLHIMENTO. 1.Cuida-se de Recurso de Apelação interposto por , insurgindo-se contra a sentença que o condenou à pena privativa de liberdade de 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão e 155 (cento e cinquenta e cinco) dias-multa, a ser cumprida, inicialmente, em regime fechado, pela prática do crime tipificado no art. 157, caput, c/c art. 61, II, c, todos do Código Penal, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade. 2. Em razões de apelação, Id 167666345 (Ação Penal – PJE 1º Grau), a defesa pugna pela reforma da sentença, pleiteando a absolvição do Apelante, sob a alegação de inexistência de provas para a sua condenação, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal, e, subsidiariamente, a desclassificação do crime de roubo para a modalidade

tentada, alegando, para tanto, que o crime não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente; pleiteia, também, o afastamento da agravante prevista no art. 61, II, c do Código Penal; bem como que seja computada a detração penal, nos termos do art. 387, § 2º do Código de Processo Penal; a mudança do regime inicial de cumprimento de pena, substituindo o regime fechado para o semiaberto; o direito do apelante recorrer em liberdade e, por fim, o deferimento da gratuidade de justiça em decorrência da hipossuficiência econômica do acusado.

3. A materialidade e autoria estão cabalmente demonstradas através do relato uníssono das testemunhas de acusação, tanto em sede de inquérito policial como no transcorrer da instrução, bem como pelo depoimento da vítima.

4. Cuidando-se de crime contra o patrimônio o depoimento da vítima caracteriza-se como substancial elemento de convicção, em face de seu intrínseco contato com as circunstâncias delitivas, sobretudo quando suas assertivas são confirmadas pelos demais elementos de prova colhidos no curso do feito.

5. Conforme amplo entendimento doutrinário e jurisprudencial, o momento consumativo do crime de roubo, é no instante da inversão da posse, ou seja, quando a vítima é despojada de seus pertences, mediante violência ou grave ameaça, não sendo cabível qualquer exigência de posse mansa e pacífica da res. In casu, extrai-se da leitura destes autos que a vítima, “viu uma viatura da Rondesp pela via oposta, momento em que o réu lhe ameaçou e mostrou a faca que estava na cintura: se der sinal de visor, eu vou furar você todo! Pegou seu celular do bolso esquerdo e começou a lhe ameaçar que não tinha nada a perder”, de modo que é incabível o pleito de ocorrência do roubo na modalidade tentada.

6. No que tange à dosimetria, infere-se haver o juiz a quo modulado a pena, acertadamente, tal como delineado, na exordial acusatória e, incontraditavelmente, comprovado, ao longo da instrução criminal, especialmente, percorrendo todas as fases da dosimetria, como determina o art. 68 do Código Penal. Bem é de ver que a individualização da reprimenda, operada pelo a quo, entremostra-se bem analisada e fundamentada, já que a pena base foi fixada acima do mínimo legal, por considerar negativa a culpabilidade e circunstâncias do crime.

7. No que tange à utilização da agravante inserta no art. 61, II, c, do CP, na segunda fase da dosimetria da pena, tendo em vista a conduta dissimulada do Apelante, fingindo-se de cliente da vítima, ao ingressar no táxi para conseguir concretizar a conduta criminoso, entendendo restar autorizado o seu reconhecimento neste momento da fixação do quantum.

8. Com o advento da Lei n. 12.736/2012, o Juiz processante, ao proferir sentença condenatória, deverá detrair o período de custódia cautelar para fins de fixação do regime prisional, nesse compasso, tal cálculo deve ser aplicado pelo juízo de cognição tão somente quando for estabelecer o regime da pena, caso contrário, ficará a cargo do juízo da execução, órgão competente para aplicar o instituto da detração. In casu, consta nos autos que o Acusado permaneceu preso cautelarmente, até a data da sentença, por cerca de 09 (nove) meses e 23 (vinte e três) dias, pois foi preso em flagrante na data de 06/04/2019, tendo sido a sentença proferida em 29/01/2020. Logo, computando esse período na pena então aplicada, qual seja, 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses, aplicando-se o instituto da detração, não conduz à alteração do regime inicial da pena imposta.

9. Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena estabelecido na decisão de origem, este se encontra em compasso com o disposto no art. 33, § 2º,

'a', § 3º, e art. 34, todos do Código Penal, ratificando-se o regime fechado, vez que sopesada circunstância judicial desfavorável.

10. No que tange à possibilidade de recorrer em liberdade, entendo não assistir direito ao Apelante. Os fundamentos utilizados para a verificação da autoria e materialidade do recorrente na fundamentação do decisum recorrido demonstram estarem presentes os fundamentos necessários para a manutenção do decreto preventivo, eis que o modus operandi, revelando a gravidade em concreto do delito, além dos antecedentes criminais, com uma condenação já registrada, são variáveis que autorizam a medida.

11. Por fim, merece acolhimento o pleito no que concerne ao benefício da assistência judiciária gratuita formulado pela Defesa em benefício do recorrente, pois vincado o estado de hipossuficiência deste último, conforme estabelecido no art. 99, caput, e § 3º, do novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015).

PARECER DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA PELO CONHECIMENTO PARCIAL DO RECURSO DE APELAÇÃO E, NA PARTE CONHECIDA, PELO IMPROVIMENTO.
RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0521703-48.2019.8.05.0001, em que figura, como Apelante, e, como Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, ACORDAM os Desembargadores componentes da Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em CONHECER E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL, concedendo-se os benefícios da assistência judiciária gratuita, nos termos do voto condutor, adiante registrado.

Sala das Sessões, de de 2022.

DES.

PRESIDENTE / RELATOR

PROCURADOR (A) DE JUSTIÇA

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e não provido Por Unanimidade
Salvador, 16 de Agosto de 2022.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0521703-48.2019.8.05.0001

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE:

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação criminal, interposto por , irresignado com a sentença de Id 167666317 (Ação Penal – PJE 1º Grau), prolatada pela M.M. Juiz de Direito da 13ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA, que julgou procedente a denúncia, para condená-lo pela prática do delito insculpido no art. 157, caput c/c art. 61, II, c, ambos do Código Penal, à reprimenda de 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão e 155 (cento e cinquenta e cinco) dias-multa, a ser cumprida, inicialmente, em regime fechado. De logo, há de ser encampado o relatório albergado na sentença, com esboço no princípio da economia processual, havendo de acrescentar o quanto segue explicitado.

Em razões de apelação, Id 167666345 (Ação Penal – PJE 1º Grau), a defesa pugna pela reforma da sentença, pleiteando a absolvição do Apelante, sob a alegação de inexistência de provas para a sua condenação, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal, e, subsidiariamente, a

desclassificação do crime de roubo para a modalidade tentada, alegando, para tanto, que o crime não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente; pleiteia, também, o afastamento da agravante prevista no art. 61, II, c do Código Penal; bem como que seja computada a detração penal, nos termos do art. 387, § 2º do Código de Processo Penal; a mudança do regime inicial de cumprimento de pena, substituindo o regime fechado para o semiaberto; o direito do apelante recorrer em liberdade e, por fim, o deferimento da gratuidade de justiça em decorrência da hipossuficiência econômica do acusado.

O Ministério Público apresentou contrarrazões, pela integral manutenção do decisor (Id 167666364 – Ação Penal – PJE 1º Grau).

Recebidos os autos nesta Corte, colheu-se opinativo da Procuradoria de Justiça, concludente pelo conhecimento parcial do recurso e, na parte conhecida, pelo improvimento do apelo (Id 28462015 – Apelação Criminal – PJE 2º Grau).

Retornando-me os autos à conclusão, neles lancei a presente sinopse, submetendo-a à Eminente Revisão.

É o suficiente a relatar.

Des. – 1ª Câmara Crime 2ª Turma

Relator

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0521703-48.2019.8.05.0001

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE:

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

VOTO

Presentes os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, uma vez que o recurso é próprio, tempestivo, e interposto por parte legítima, que tem interesse jurídico na reforma da sentença prolatada, imperioso conhecer do Apelo manejado.

Ademais, inexistindo questões preliminares, tampouco nulidades a serem declaradas de ofício, passa-se, de logo, à análise do mérito recursal. Cuida-se de Recurso de Apelação interposto por , insurgindo-se contra a sentença que o condenou à pena privativa de liberdade de 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão e 155 (cento e cinquenta e cinco) dias-multa, a ser cumprida, inicialmente, em regime fechado, pela prática do crime tipificado no art. 157, caput, c/c art. 61, II, c, todos do Código Penal, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade.

Exsurge da vestibular acusatória que, in verbis:

“ [...] em 06 de abril de 2019, por volta das 2:30 horas, a pessoa de , taxista, estava na Avenida Dorival Caymmi, no bairro de Itapuã, quando foi abordado pelo DENUNCIADO, que pediu uma corrida até o bairro de São Cristóvão, nesta cidade.

O INCULPADO adentrou no táxi que era conduzido pela vítima e após quinhentos metros de percurso, anunciou que se tratava de um assalto, usando uma faca para ameaçar de morte o ofendido, determinando que o mesmo passasse o seu aparelho de telefone celular.

Nesta oportunidade, o DENUNCIADO puxou o telefone do bolso de e determinou ao mesmo que mudasse o roteiro para o bairro da Cidade Baixa, sendo atendido pela vítima.

Ao passar pela Avenida Otávio Mangabeira, a vítima avistou uma blitz da polícia militar, momento em que freou o carro bruscamente e passou a acenar para os policiais que estava sendo assaltado, tendo entrado em luta corporal com o INCULPADO.

Neste momento, o DENUNCIADO tentou sair do carro, sendo segurado pela vítima, oportunidade em que o INCULPADO largou no chão do veículo, o aparelho celular do ofendido e a faca usada no crime.

Os policiais militares, então, se aproximaram do carro, tendo realizado a abordagem e, diante dos relatos da vítima, efetuaram a prisão em flagrante do INCULPADO, conduzindo o mesmo até a unidade policial para adoção das providências legais cabíveis.” (Id 167666014 – Ação Penal – PJE 1º Grau)

Em suas razões de inconformismo, a defesa pugna pela reforma da sentença, pleiteando a sua absolvição, sob a alegação de inexistência de provas para condenação, nos termos do art. 386, VII, Código de Processo Penal, e, subsidiariamente, a desclassificação do crime de roubo para a modalidade tentada, alegando, para tanto, que o crime não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente; pleiteia também o afastamento da agravante prevista no art. 61, II, c, do Código Penal; que seja computada a detração penal, nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal; a mudança do regime inicial de cumprimento de pena, substituindo o regime fechado para o semiaberto; o direito do apelante recorrer em liberdade e, por fim, o deferimento da gratuidade de justiça, em decorrência da hipossuficiência econômica do acusado.

DA COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS

A materialidade e autoria estão cabalmente demonstradas através do relato uníssono das testemunhas de acusação, tanto em sede de inquérito policial como no transcorrer da instrução, bem como pelo depoimento da vítima. De fato, a sentença prolatada pelo juízo a quo não merece qualquer reparo neste sentido.

A vítima, em depoimento perante a autoridade judiciária, reconheceu o Apelante e afirmou que este o abordou, ordenando que entregasse o aparelho celular. Confira-se:

“(...) que estava trabalhando normalmente, quando o réu lhe pediu uma corrida para o bairro São Cristóvão. Deslocado o carro por cerca de 150 metros, ele anunciou o assalto. A seguir, viu uma viatura da Rondesp pela via oposta, momento em que o réu lhe ameaçou e mostrou a faca que estava na cintura: se der sinal de visor, eu vou furar você todo! Pegou seu celular do bolso esquerdo e começou a lhe ameaçar que não tinha nada a perder, que tinha AIDS. A seguir, mandou que fizesse o retorno para a Cidade Baixa. Pegou a no sentido Boca do Rio, e, quando chegava ao Multishop, na entrada da, havia uma blitz da Polícia Militar. Acelerou o carro e fez uma parada brusca. Entrou em luta corporal com o réu e passou a gritar por socorro. Os Policiais Militares se aproximaram. Narrou o que estava acontecendo e o réu foi preso na tentar fugir. Seu celular foi recuperado.” (depoimento da vítima – trecho extraído da sentença de Id 16766317)

“(...) QUE na presente data por volta das 02h30min o declarante estava de serviço, passando na Av. Dorival Caymmi, bairro de Itapuã, quando parou seu táxi para comprar água. Que um indivíduo apareceu e pediu uma corrida para São Cristóvão, que o indivíduo entrou no táxi, que após quinhentos metros, o indivíduo puxou uma faca e anunciou o assalto, que o indivíduo disse passa o celular e ameaçou o declarante de morte com a faca, puxando o celular do bolso do declarantes, após mandou o declarante mudar o roteiro para a cidade Baixa, que seguiu com o táxi e ao chegar na Av. Otávio Mangabeira o declarante visualizou uma blitz da polícia militar, momento em que freou o carro bruscamente, acenando para os policiais que estava sendo assaltada, que o declarante entrou em luta corporal com o indivíduo tentando tomar a faca do indivíduo, que o indivíduo saiu do veículo e declarante segurou o indivíduo pela camisa, momento em que os militares que estava na blitz se aproximaram do local e ajudaram o declarantes, abordando e efetuando a prisão do indivíduo, que os militares encontraram o celular e a faca usada para ameaçar o declarante, dentro do veículo, após o indivíduo foi preso e conduzido a esta Central, que o seu celular é da marca Samsung, modelo j7, dourado, avaliado em mil e quinhentos reais, que o indivíduo foi identificado como, o qual o declarantes reconhece como sendo o autor do roubo.” (Id 167666015, declarações da vítima – fase inquisitorial, fl.8 – Ação Penal – PJE 1º Grau)

Pois bem. De logo, urge consignar que, cuidando-se de crime contra o patrimônio o depoimento da vítima caracteriza-se como substancial elemento de convicção, em face de seu intrínseco contato com as circunstâncias delitivas, sobretudo quando suas assertivas são confirmadas pelos demais elementos de prova colhidos no curso do feito.

Sobre o tema, outra não é a compreensão do Superior Tribunal de Justiça –

em arestos destacados na transcrição:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TORTURA. AUSÊNCIA DE DEFESA PRÉVIA INDIVIDUALIZADA. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. OMISSÃO DA PRÓPRIA PARTE. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. CONDENAÇÃO. DEPOIMENTO DA VÍTIMA. CONSONÂNCIA COM DEMAIS ELEMENTOS DO ACERVO PROBATÓRIO. REEXAME. ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) 2. Nos crimes cometidos às ocultas, a palavra da vítima – independentemente de sua qualificação profissional ou status perante a sociedade – tem especial relevância, dado o contato direto que a vítima trava com o agente criminoso, sobretudo quando se apresenta harmoniosa e coerente com as demais provas carreadas aos autos. [...] 5. Agravo regimental não provido." (STJ – AgRg no AREsp 162.772/PB, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 02/03/2017)

A respeito do tema, leciona :

"A vítima do crime, em geral, é quem pode esclarecer, suficientemente, como e de que maneira teria ele ocorrido. Foi ela quem sofreu a ação delituosa, e, por isso mesmo, está apta a prestar os necessários esclarecimentos à Justiça. Desse modo, sua palavra deve ser aceita com reservas, devendo o Juiz confrontá-la com os demais elementos de convicção, por se tratar de parte interessada no desfecho do processo. Em certos casos, porém, é relevantíssima a palavra da vítima do crime. Assim, naqueles delitos clandestinos – qui clam conittit solent – que se cometem longe dos olhares de testemunhas, a palavra da vítima é de valor extraordinário." (Processo Penal, Saraiva, 12ª ed., Volume 3, p. 262).

No caso sub oculi, a palavra da vítima, evidencia total compasso com os fatos descritos na peça acusatória, o que permite proceder à valoração probatória necessária ao aludido reconhecimento do autor do crime para formação do convencimento do julgador, no que tange à autoria delitiva.

Observa-se, in casu, que a vítima descreveu, detalhadamente, o desenrolar dos fatos, não se vislumbrando nos autos qualquer circunstância que comprometa a credibilidade das suas declarações ou indício a justificar, por parte dela, uma falsa acusação.

Sobre o tema, colacionam-se os seguintes arestos:

"APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO MAJORADO TENTADO (ART. 157, § 2º, I E II, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CP). MÉRITO. Inequívocas a materialidade e a autoria do delito, diante da consistente palavra da vítima. PALAVRA DA VÍTIMA. Em delitos como o da espécie, não raras vezes cometidos sem a presença de testemunhas, a palavra da vítima merece ser recepcionada com especial valor para a elucidação do fato, sob pena de não ser possível a responsabilização penal do autor desse tipo de ilícito patrimonial. EMPREGO DE ARMA. Para o reconhecimento da majorante no delito de roubo, é desnecessária a apreensão da arma e sua consequente submissão à perícia para a comprovação da potencialidade lesiva. A causa de aumento pode ser demonstrada por outros elementos convincentes extraídos dos autos, como a palavra das vítimas. CONCURSO DE AGENTES. Comprovado pela prova oral, sendo desnecessário o prévio ajuste de vontades para a prática do delito, bastando um agente aderir à conduta do

outro. APENAMENTO. Pena-base fixada no mínimo legal. Na terceira fase, diante do iter criminis percorrido pelo agente, que sequer chegou a ingressar no veículo da vítima, a redução pela tentativa vai fixada no patamar máximo de 2/3. REGIME. Fixado o regime inicial aberto, a teor do art. 33, § 2º, 'c', do CP. PENA DE MULTA. Fixada no mínimo legal. SURSIS. Preenchidos os requisitos do art. 77, caput, do CP, cabível a suspensão condicional da pena, pelo prazo de dois anos. APELAÇÃO PROVIDA.” (TJRS, Apelação Crime Nº 70072198849, Sétima Câmara Criminal, Relator: Des. , Julgado em 14/09/2017).

“APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO (ARTIGO 157, CAPUT, DO CP)– MATERIALIDADE DO DELITO DEVIDAMENTE COMPROVADA – PALAVRA DA VÍTIMA – RELEVÂNCIA – DESCLASSIFICAÇÃO PARA CRIME DE ROUBO TENTADO – IMPOSSIBILIDADE – LASTRO PROBATÓRIO SUFICIENTE A ENSEJAR A CONFIGURAÇÃO DO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 157 DO CÓDIGO PENAL – ITER CRIMINIS PERCORRIDO EM SUA INTEGRALIDADE – DESNECESSIDADE DE POSSE MANSA E PACÍFICA DA RES FURTIVA – TEORIA DA APPREHENSIO, TAMBÉM DENOMINADA DE AMOTIO ADOTADA PELO STF E STJ – CRIME CONSUMADO – CONDENAÇÃO MANTIDA – FIXAÇÃO DE VERBA HONORÁRIA 2EM FASE RECURSAL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO NESTA PARTE.” (TJPR – 3ª C. Criminal – AC – 1684969-7 – Curitiba – Rel.: Des. – Unânime – J. 31.08.2017).

Ademais, os depoimentos dos policiais que participaram da diligência que resultou na prisão do Apelante, permite, também, a verificação da autoria delitiva, in verbis:

“(…) QUE na presente data, por volta das 2:50h, estava participando da Operação Paz no Trânsito, realizando blitz na Av. Otávio Mangabeira, bairro da Boca do Rio, quando um táxi freou bruscamente e o motorista gritou “socorro”, e chamou a atenção dos policiais, informando que estava sendo assaltado; que o motorista do táxi estava em luta corporal tentando se defender do assaltante que estava de posse de uma faca ameaçando a vítima, que o autor tentou fugir, saindo do veículo, mas a vítima o segurou pela camisa, neste momento, o autor largou o aparelho celular da vítima e faca no chão do veículo, então os policiais se aproximaram do veículo e realizaram a abordagem e detiveram o autor identificado como , e ciente dos fatos lhe foi dada VOZ DE PRISÃO EM FLAGRANTE E DELITO e foi encaminhado a esta Central de Flagrantes a fim de serem adotadas as medidas pertinentes.” (Id 167666015, depoimento do Tenente da PM , APF, fl.4 – Ação Penal – PJE 1º Grau)

“(…) QUE nesta data, por volta das 2:50h, juntamente com o condutor/1ª testemunha participando da Operação Paz no Trânsito, realizando blitz na Av. Otávio Mangabeira, bairro da Boca do Rio, quando um táxi freou bruscamente e o motorista gritou “socorro”, e chamou a atenção dos policiais, informando que estava sendo assaltado; que o motorista do táxi estava em luta corporal tentando se defender do assaltante que estava de posse de uma faca ameaçando a vítima, que o autor tentou fugir, saindo do veículo, mas a vítima o segurou pela camisa, neste momento, o auto largou o aparelho celular da vítima e faca no chão do veículo, então guarnição se aproximou do veículo e realizou a abordagem e deteve o autor identificado como que foi conduzido a esta Repartição Policial.” (Id 167666015, depoimento Soldado da PM, . APF, fl.7 – Ação Penal – PJE 1º Grau)

Assim sendo, as conclusões do julgador sentenciante são integralmente compatíveis com o conjunto probatório produzido. Por via de consequência, conclui-se, inequivocamente, que não subsiste qualquer razão para refutar

a prova coligida nos autos.

Com efeito, tem-se que o Juízo singular firmou seu convencimento nos elementos de prova colhidos durante a instrução criminal, sob o crivo do contraditório, ratificadas as produzidas na fase extrajudicial, em observância ao art. 155 do CPP.

Verifica-se, portanto, que o depoimento das vítimas e dos milicianos, tanto na fase inquisitiva como na audiência de instrução e julgamento, não deixam dúvidas acerca da efetiva ação do Réu na conduta criminosa. É cediço que, nos processos referentes a delitos patrimoniais, geralmente cometidos na clandestinidade, a palavra do queixoso possui relevante valor probatório, uma vez que seu único interesse é apontar o verdadeiro culpado pelo crime, não se vislumbrando nos fólios qualquer intenção de incriminar um inocente.

Outrossim, é de bom alvitre pontuar, por oportuno, que a jurisprudência é pacífica no sentido de dar credibilidade aos depoimentos dos policiais militares, principalmente quando colhidos sob o crivo do contraditório. A respeito:

“Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes” (STJ. HC 115516/SP. Relatora Ministra . 5a. TURMA. J. 03/02/2009. DJ 09/03/2009).

“Tráfico ilícito de drogas. Configuração. Materialidade e autoria demonstradas. Depoimentos firmes e harmoniosos de dois policiais militares que prenderam o réu em flagrante e apreenderam expressiva quantidade de cocaína e crack em seu poder. Negativa isolada. Suficiência para a procedência da ação penal. Condenação mantida”. (TJSP. APL 103181420088260050. Relatora: . Julgamento: 22/03/2011. Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal. Publicação: 30/03/2011).

De mais a mais, os depoimentos dos Policiais Militares são válidos até prova em contrário (presunção juris tantum), isso em razão de os seus atos gozarem de presunção legal de veracidade, eis que exercem o munus na qualidade de Servidores Públicos. Logo, os seus depoimentos têm elevado valor probante quando em harmonia com o arcabouço das provas coligidas. Dessa forma, conforme se depreende da análise de todo o acervo probatório, na contramão do que propõe a tese defensiva, a declaração segura dos ofendidos e das testemunhas, apresentam-se em perfeita compatibilidade, revelando-se uníssonas em imputar a prática do delito de tentativa de roubo ao Apelante, dando ao magistrado, à vista do princípio do livre convencimento justificado, a certeza da procedência da ação penal, sedimentando a tese acusatória.

Neste viés, levando-se em conta que não aflorou da instrução criminal qualquer fato novo que pudesse infirmar o conteúdo da denúncia, tem-se que o aventado pedido de reforma da sentença, a fim de absolver o réu, ante a alegada fragilidade do acervo probatório, não encontra o menor apoio do conjunto probatório reunido na espécie, restando, portanto, improvido tal pleito.

Em síntese, pode-se afirmar que o acervo deixa incontestada a autoria delitiva, de modo que o pedido de absolvição afigura-se impossível de ser acolhido, devendo a sentença combatida ser mantida, no que toca à condenação.

DA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE ROUBO NA FORMA TENTADA

Ultrapassada a questão da autoria e materialidade delitiva, passamos a analisar a alegação da hipótese de desclassificação para a modalidade tentada.

Incabível o albergamento de tal pleito, uma vez que houve a consumação do crime de roubo.

Conforme amplo entendimento doutrinário e jurisprudencial, o momento consumativo do crime de roubo, é no instante da inversão da posse, ou seja, quando a vítima é despojada de seus pertences, mediante violência ou grave ameaça, não sendo cabível qualquer exigência de posse mansa e pacífica da res, conforme jurisprudência abaixo colacionada.

"O roubo está consumado no instante em que o agente se torna, mesmo que por pouco tempo, possuidor da res subtraída mediante grave ameaça ou violência. A rápida recuperação da coisa e a prisão do autor do delito não caracterizam a tentativa" (RT 741/594).

"ROUBO. CONSUMAÇÃO. 'REFORMATIO IN MELLIUS'. RECURSO EXCLUSIVO DA APELAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Entende-se consumado o roubo se o agente, depois de desapossar a vítima, tem a disponibilidade da coisa subtraída, ainda que por um breve espaço de tempo.

2. Deve ser anulada a decisão que, à falta de recurso da defesa, vale-se do apelo da acusação para reduzir a pena imposta.

3. Recurso conhecido e provido."

(REsp 159.946/SP, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 17/11/1998, DJ 22/02/1999 p. 120 – grifou-se).

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES. APLICAÇÃO DO AUMENTO PREVISTO PARA O ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ANALOGIA. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. TENTATIVA. POSSE MANSO E TRANQUÍLA DA RES. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. (...)

2. É firme o entendimento neste Tribunal Superior que a consumação do furto se dá quando o agente consegue retirar o bem da esfera de disponibilidade da vítima, ainda que não haja posse tranqüila da res, ou seja, quando o ofendido não possa mais exercer os poderes inerentes à sua posse ou propriedade.

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 981.990/RS, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 29/05/2008, DJe 30/06/2008 – grifou-se).

"Roubo consumado. Manutenção. Para a configuração do crime de roubo consumado, basta que a vítima seja desapossada de seus bens, sem a necessidade de que o agente tenha a posse tranqüila do produto do roubo, quer dizer, a inversão da posse, ainda que por breves instantes, torna consumado o crime". (Apelação Crime Nº 70026584789, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: , Julgado em 22/01/2009).

Dessa forma, a consumação do delito em questão ocorre com a subtração da res furtiva pelo agente, ocasião em que este passa a deter a posse, ainda que seja por curto espaço de tempo.

In casu, extrai-se da leitura destes autos que a vítima, "viu uma viatura da Rondesp pela via oposta, momento em que o réu lhe ameaçou e mostrou a faca que estava na cintura: se der sinal de visor, eu vou furar você todo! Pegou seu celular do bolso esquerdo e começou a lhe ameaçar que não tinha nada a perder", de modo que é incabível o pleito de ocorrência do roubo na modalidade tentada.

Diante de tais circunstâncias, inexistente reproche a ser feito nas conclusões do decisum, revelando-se acertado o reconhecimento do Acusado como incurso na prática do crime de roubo consumado, a tornar inviável a pretendida desclassificação para o crime de roubo simples tentado.

DA DOSIMETRIA

No que tange à dosimetria, infere-se haver o juiz a quo modulado a pena, acertadamente, tal como delineado, na exordial acusatória e, incontraditavelmente, comprovado, ao longo da instrução criminal, especialmente, percorrendo todas as fases da dosimetria, como determina o art. 68 do Código Penal.

Bem é de ver que a individualização da reprimenda, operada pelo a quo, entremostra-se bem analisada e fundamentada, já que a pena base foi fixada acima do mínimo legal, por considerar negativa a culpabilidade e circunstâncias do crime.

Para que a pena base fosse dosada 01 (um) ano e 06 (seis) meses acima do mínimo legal, o sentenciante levou em consideração a culpabilidade e as circunstâncias do crime, conforme trecho a seguir transcrito:

“Culpabilidade: a reprovabilidade da conduta merece maior censura, vez que que extrapola a tipicidade penal pelo emprego de uma faca para ameaçar a vítima, exibindo-a em sua cintura, para intimidar e inibir qualquer tipo de reação, que deve ser considerada como negativa.

[...]

Circunstâncias: as circunstâncias do crime com relevância para o horário e local de execução. Por volta das 03h00min, dentro do táxi da vítima, que devem ser consideradas como negativa.” (Id 167666317 – Ação Penal – PJE 1º Grau)

Nesse contexto, sobre a circunstância judicial da culpabilidade, cumpre trazer à baila a lição do professor (SCHMITT, ; Sentença Penal Condenatória; Ed. 9ª; Jus Podivm; Ba; 2015; fl. 101 e fl. 130):

“na análise da culpabilidade, devemos buscar diferenciar situações que se mostrem efetivamente antagônicas no plano fático. O que não podemos é valorá-la negativamente, vindo a majorar a pena-base, com fundamento, tão-somente, em referências vagas, sem a indicação de qualquer elemento ou causa concreta que justifique o acréscimo, além das elementares comuns ao próprio tipo.”

Assim sendo, verifica-se que os argumentos expendidos pelo magistrado de primeiro grau, demonstram juízo de reprovabilidade maior do que aquele já previsto pelo legislador quando da criação do tipo penal violado no caso sub judice, diante do “emprego de uma faca para ameaçar a vítima”, razão pela qual deve ser mantida a valoração da referida circunstância judicial. Ressalte-se que a matéria, inclusive, encontra-se sedimentada pelo STJ, autorizando a exasperação da pena-base com base em tal entendimento. Confira-se:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL. DELITO DE ROUBO. EMPREGO DE ARMA BRANCA. LEI N. 13.654/2018. REVOGAÇÃO DO INCISO I, DO § 2º, DO ART. 157, DO CÓDIGO PENAL ? CP. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. NÃO CONFIGURAÇÃO DE CAUSA DE AUMENTO. USO DO FUNDAMENTO

PARA ALTERAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. TRANSPOSIÇÃO VALORATIVA OU DETERMINAÇÃO NESSE SENTIDO. IMPOSSIBILIDADE. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONTRARIEDADE AOS ENTENDIMENTOS EXTERNADOS. DESPROVIMENTO DO RECURSO. FIRMAMENTO DAS TESES. RECURSO DESPROVIDO.

1. Esta Corte há muito definiu que, com o advento da Lei 13.654/2018, que revogou o inciso I do artigo 157 do CP, o emprego de arma branca no crime de roubo deixou de ser considerado como majorante, sendo, porém, plenamente possível a sua valoração como circunstância judicial desabonadora, quando as circunstâncias do caso concreto assim justificarem.

1.1. O grau de liberdade do julgador não o isenta de fundamentar o novo apenamento ou de justificar a não realização do incremento na basilar, mormente neste aspecto de abrangência, considerando que a utilização de "arma branca" nos delitos de roubo representa maior reprovabilidade à conduta, sendo necessária a fundamentação, nos termos do art. 387, II e III, do CPP, 2. Este Superior Tribunal de Justiça também definiu que não cabe a esta Corte Superior compelir que o Tribunal de origem proceda à transposição valorativa dessa circunstância – uso de arma branca – para a primeira fase, em razão da discricionariedade do julgador ao aplicar a *novatio legis in melius*.

2.1. Ressalta-se que a afetação esteve restrita à possibilidade de determinação para que o Tribunal de origem refizesse a dosimetria da pena, transpondo o fundamento do uso de arma branca no crime de roubo para a primeira fase da dosimetria. Ocorre ser necessária a extensão da discussão, considerando existirem também julgados nesta Corte que sustentam a impossibilidade de que essa nova valoração seja feita por este Superior Tribunal de Justiça, na via do especial, em vista da discricionariedade do julgador.

2.2. A revisão das sanções impostas só é admissível em casos de ilegalidade flagrante, consubstanciadas no desrespeito aos parâmetros legais fixados pelo art. 59, do CP, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório dos autos, que está intimamente atrelado à avaliação do melhor juízo, àquele mais atento às peculiaridades do caso concreto, sob pena de incidência da Súmula n. 7/STJ.

2.3. No caso concreto, como o Tribunal de Justiça afastou a obrigatoriedade do novo apenamento, justificando-a, em razão da inexistência de lei nesse sentido, verifico o não descumprimento aos entendimentos antes externados. Delimitadas as teses jurídicas para os fins do art. 543-C do CPC, nos seguintes termos: 1. Em razão da *novatio legis in melius* engendrada pela Lei n. 13.654/2018, o emprego de arma branca, embora não configure mais causa de aumento do crime de roubo, poderá ser utilizado como fundamento para a majoração da pena-base, quando as circunstâncias do caso concreto assim justificarem. 2. O julgador deve fundamentar o novo apenamento ou justificar a não realização do incremento na basilar, nos termos do que dispõe o art. 387, II e III, do CPP. 3. Não cabe a esta Corte Superior a transposição valorativa da circunstância para a primeira fase da dosimetria ou mesmo compelir que o Tribunal de origem assim o faça, em razão da discricionariedade do julgador ao aplicar a *novatio legis in melius*.

3. Recurso especial desprovido. (REsp n. 1.921.190/MG, relator Ministro , Terceira Seção, julgado em 25/5/2022, DJe de 27/5/2022.) – grifos nossos. Por sua vez, quanto às circunstâncias do crime, o MM. Juízo a quo valorou-a negativamente considerando que o crime foi cometido durante a madrugada,

"por volta das 03h00min, dentro do táxi da vítima" (Id 167666317 – Ação Penal – PJE 1º Grau).

Segundo a doutrina, as circunstâncias do crime devem ser compreendidas como o "modus operandi empregado na prática do delito. São elementos que não compõem o crime, mas que influenciam em sua gravidade, tais como o estado de ânimo do agente, o local da ação delituosa, o tempo de sua duração, as condições e o modo de agir, o objeto utilizado, a atitude assumida pelo autor no decorrer da realização do fato, o relacionamento existente entre autor e vítima, dentre outros. Não podemos nos esquecer, também aqui, de evitar o bis in idem pela valoração das circunstâncias que integram o tipo ou qualificam o crime, ou, ainda, que caracterizam agravantes ou causas de aumento de pena." (SCHMITT, . Sentença Penal Condenatória – Teoria e Prática. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 136).

Ademais, tem-se que o Superior Tribunal de Justiça admite a valoração negativa das circunstâncias do crime para a exasperação da pena-base, quando o crime de roubo for cometido durante a madrugada:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA INICIAL ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O julgador, dentro de sua atividade discricionária, no cálculo da pena, deve observar os parâmetros estabelecidos na legislação de regência (arts. 59 a 71 do Código Penal), assim como os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para se estipular o quantum da reprimenda necessária à reprovação e prevenção do delito.

2. O aumento da pena-base em um ano de reclusão está devidamente motivado na valoração negativa das circunstâncias do delito (cometido de madrugada e de forma audaciosa – pois o agente utilizando de uma emprego de arma de fogo de fabricação caseira e em companhia de um adolescente, munido de um pedaço de madeira, abordou a vítima que transitava em seu automóvel) e na culpabilidade intensa do agente ("que agiu com violência exacerbada, aplicando uma coronhada na vítima"), o que afasta a suposta violação do art. 59 do Código Penal. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 426786 / PA – QUINTA TURMA – Relator (a) Ministro – Data do Julgamento 10/11/2015) – grifos nossos.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIME DE ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENABASE. MOTIVOS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. CRIME PRATICADO DE MADRUGADA. VULNERABILIDADE DA VÍTIMA. FUNDAMENTO IDÔNEO. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. IMPOSSIBILIDADE DE SE CONSIDERAR PREJUDICIAL AO AUTOR. PRESENÇA DE DUAS MAJORANTES. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA JUSTIFICAR A EXASPERAÇÃO DA PENA ALÉM DA FRAÇÃO MÍNIMA LEGAL. CRITÉRIO MATEMÁTICO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 443/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1.....
.....

2. Quanto aos motivos do crime, o uso de referências genéricas, que nada de concreto revela a respeito do fato em si, impede a avaliação negativa para fins de aumento da pena-base.

3. Correta a valoração negativa das circunstâncias do delito pelo fato de

o crime ter sido praticado de madrugada, indicativo de maior gravosidade da conduta delituosa, em razão da maior vulnerabilidade da vítima. 4. Não colaborando a vítima para a ocorrência criminosa, a vetorial é neutra, e não gravosa ao condenado.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas a 6 anos e 4 meses de reclusão e 20 dias-multa. (HC 211611 / AL – SEXTA TURMA – Relator (a) Ministro – Data do Julgamento 22/09/2015) – grifos nossos.

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONCURSO DE AGENTES. 1. CONCURSO FORMAL. DUAS VÍTIMAS. PATRIMÔNIOS DISTINTOS. CAUSA DE AUMENTO CARACTERIZADA. 2. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. CRIME PRATICADO EM VIA PÚBLICA E DURANTE A MADRUGADA. CONDUTA QUE CARACTERIZA MAIOR PERICULOSIDADE. REPROVABILIDADE DA CONDUTA. LEGALIDADE. 3. CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. APLICAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO A UM DOS PACIENTES. MATÉRIAS NÃO ANALISADAS PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 4. WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADO.

1.....
2.....

3. Crime praticado em via pública e durante a madrugada evidencia a acentuada periculosidade dos pacientes e superior reprovabilidade da conduta o que, inclusive, exige maior rigor na resposta penal.

4. Os pedidos quanto a consideração de condenações transitadas em julgado como maus antecedentes, reincidência e para negativar a personalidade do agente, bem como quanto ao regime de cumprimento de pena que lhe foi aplicado, não foram analisados pelo Tribunal a quo, motivo pelo qual é inviável a sua análise por esta Corte, sob pena de supressão de instância.

Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado. (HC 228868 / DF – QUINTA TURMA – Relator (a) Ministro – Data do Julgamento 20/03/2012). – grifos nossos.

Assim sendo, a sentença recorrida promoveu a exasperação da pena-base no índice de 2/8 (dois oitavos), considerando a valoração negativa de duas circunstâncias judiciais, nos seguintes moldes:

“ (...) O crime de roubo simples é punido com a pena, in abstrato, de reclusão, de 04 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa. Ao encontro da pena base, valoro as circunstâncias negativas em 2/8 (dois oitavos), que multiplico pelo intervalo entre as penas abstratas do crime reconhecido ($2/8 \times 72 = 18$), cujo resultado acresço a pena mínima fixada na lei penal, ficando em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 97 (noventa e sete) dias-multa. (...)”

Não existe reparo para ser efetuado na decisão judicial, pois de acordo com o posicionamento do STJ sobre o tema:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NULIDADE. USO DE ALGEMAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DOSIMETRIA. PROPORCIONALIDADE DA PENA-BASE. AUSÊNCIA DE CRITÉRIO DE AUMENTO IMPOSITIVO

ESTABELECIDO PE LA JURISPRUDÊNCIA. RECONHECIMENTO DO REDUTOR DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a utilização de algemas, desde que devidamente fundamentada em elementos concretos que se amoldem às circunstâncias previstas na Súmula Vinculante n. 11 do Supremo Tribunal Federal – STF, não gera nulidade processual.
2. No caso dos autos, as instâncias ordinárias justificaram a utilização das algemas, alegando que a prisão em flagrante ocorreu em uma rodovia e os recorrentes dispunham de veículo para se locomover, revelando, assim, eventual risco de fuga, além da ameaça à integridade dos envolvidos e terceiros, inclusive, diante da grande quantidade de drogas apreendidas.
3. No que tange à dosimetria, "A legislação penal não estabeleceu nenhum critério matemático (fração) para a fixação da pena na primeira fase da dosimetria. Nessa linha, a jurisprudência desta Corte tem admitido desde a aplicação de frações de aumento para cada vetorial negativa: 1/8, a incidir sobre o intervalo de apenamento previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador (HC n. 463.936/SP, Ministro , Quinta Turma, DJe 14/9/2018); ou 1/6 (HC n. 475.360/SP, Ministro , Quinta Turma, DJe 3/12/2018); como também a fixação da pena-base sem a adoção de nenhum critério matemático. [...] Não há falar em um critério matemático impositivo estabelecido pela jurisprudência desta Corte, mas, sim, em um controle de legalidade do critério eleito pela instância ordinária, de modo a averiguar se a pena-base foi estabelecida mediante o uso de fundamentação idônea e concreta (discricionariedade vinculada)" (AgRg no HC n. 603.620/MS, relator Ministro , SEXTA TURMA, DJe 9/10/2020).
4. Não há falar em direito subjetivo do acusado em ter 1/6 (um sexto) de aumento da pena mínima para cada circunstância judicial valorada negativamente. No caso dos autos, o aumento da pena-base, referente ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes, em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, pela presença de 2 (duas) circunstâncias judiciais desfavoráveis, utilizando-se do critério de 1/8 (um oitavo) da diferença entre a pena máxima e mínima previstas legalmente para o tipo penal, revela-se proporcional e adequado.
5. In casu, considerando a existência de considerável organização e capacidade financeira, a revisão do entendimento firmado pelas instâncias ordinárias, a fim de acolher a pretensão de incidência da causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei Federal n. 11.343/06, demanda, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência vedada pela Súmula n. 7/STJ.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.898.916/RS, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 21/9/2021, DJe de 27/9/2021.) – grifos nossos.

Afigura-se, portanto, irretocável a pena, quanto à pena base infligida ao peticionário.

No que tange à utilização da agravante inserta no art. 61, II, c, do CP, na segunda fase da dosimetria da pena, tendo em vista a conduta

dissimulada do Apelante, fingindo-se de cliente da vítima, ao ingressar no táxi para conseguir concretizar a conduta criminoso, entendendo restar autorizado o seu reconhecimento neste momento da fixação do quantum.

Nessa mesma direção, colhe-se entendimento jurisprudencial sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça:

“(...) No caso, a eg. Corte estadual manteve o reconhecimento da agravante do emprego de meio que dificultou a defesa da vítima (art. 61, inciso II, alínea c, do Código Penal). No mesmo dispositivo, está prevista a agravante genérica do delito praticado mediante dissimulação. Em verdade, a referida norma pune mais gravemente todo delito que seja praticado com recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido, sendo a emboscada e a dissimulação apenas duas formas frequentes de configuração da agravante, razão pela qual são especificamente nomeadas.

Como, no caso, o meio que resultou em redução da capacidade de defesa da vítima, o qual foi adequadamente descrito pela instância a quo – o acusado fingiu ser passageiro para conduzir o ofendido a local ermo –, não se confunde com as elementares do tipo de roubo – grave ameaça ou violência –, portanto, não há flagrante ilegalidade na aplicação da agravante do art. 61, inciso II, alínea c, do Código Penal.

No mesmo sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PENA-BASE. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS. MOTIVAÇÃO CONCRETA. AGRAVANTE GENÉRICA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA N. 443 DO STJ. NÃO VIOLAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO. [...] 3. Não houve bis in idem na aplicação da agravante do art. 61, II, 'c', do Código Penal, pois o fato de as vítimas terem sido amarradas e colocadas no chão não foi utilizado, exclusivamente, em outra fase da dosimetria e configura, sim, elemento concreto e idôneo para elevar a sanção pela respectiva agravante genérica, dada a nítida dificuldade de defesas dos ofendidos. [...] 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 439.757/MS, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 22/06/2018)

HABEAS CORPUS. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS E ROUBO CIRCUNSTANCIADO TENTADO. WRIT SUBSTITUTIVO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME VALORADAS DE FORMA ILEGAL. AGRAVANTE PREVISTA NO ARTIGO 61, II, 'C', DO CP. CARACTERIZAÇÃO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO MATEMÁTICO. ILEGALIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. ARTIGO 71, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. PENA DOBRADA. POSSIBILIDADE.

[...] 3. Fica configurada a agravante do artigo 61, II, 'c', do CP, pois o agente assaltou várias vítimas ao longo da rodovia MA-006 e aproveitou-se de trecho esburacado e com péssima trafegabilidade da estrada para surpreendê-las no momento em que diminuam a velocidade de seus veículos, dado concreto que, à toda evidência, demonstra a utilização de recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa dos ofendidos. [...] 7. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir a pena-base e o aumento de pena procedido na terceira etapa da dosimetria, em razão das majorantes, resultando a pena definitiva do paciente em 12 anos e 8 meses de reclusão. (HC 286.286/MA, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 23/10/2014) (...)”– HC n. 469.963, Ministro , DJe de 22/11/2018. – grifos nossos.

DA DETRAÇÃO

Com efeito, em verdade, objetiva a Defesa do Apelante a aplicação da detração penal para a fixação do regime inicial da pena, ao argumento de que o Acusado permaneceu provisoriamente custodiado, e, portanto, deve-se computar tal período, estabelecendo regime menos gravoso.

Com o advento da Lei n. 12.736/2012, o Juiz processante, ao proferir sentença condenatória, deverá detrair o período de custódia cautelar para fins de fixação do regime prisional, nesse compasso, tal cálculo deve ser aplicado pelo juízo de cognição tão somente quando for estabelecer o regime da pena, caso contrário, ficará a cargo do juízo da execução, órgão competente para aplicar o instituto da detração. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. SÚMULA 440/STJ. DETRAÇÃO. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORDEM NÃO CONHECIDA E HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

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. Os fundamentos genéricos utilizados do decreto condenatório não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), contrariando a Súmula 440 deste Superior Tribunal.

3. A teor dos artigos 33, §§ 2º, alínea b, e 3º, c/c 59, ambos do CP, não se afigura idônea a justificativa apresentada para afastar a aplicação ao caso concreto do regime semiaberto para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.

4. Tratando-se de réus primários, cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime semiaberto, pois a gravidade abstrata do crime de roubo não permite o recrudescimento do meio prisional de desconto da reprimenda.

5. Com o advento da Lei n. 12.736/2012, o Juiz processante, ao proferir sentença condenatória, deverá detrair o período de custódia cautelar para fins de fixação do regime prisional. Forçoso reconhecer que o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não versa sobre progressão de regime prisional, instituto próprio da execução penal, mas, sim, acerca da possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado. (HC 376621 / SP HABEAS CORPUS 2016/0284626-0, Ministro , T5 – QUINTA TURMA, DJe 03/03/2017)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PRISÃO PROCESSUAL. DETRAÇÃO. SENTENÇA ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 12.736/2012. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. 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. O art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, com redação determinada pela Lei n. 12.736/2012, refere-se ao regime de cumprimento inicial de pena e não possui relação com o instituto da progressão de regime, própria da execução penal, devendo o Juiz sentenciante verificar, no momento oportuno da prolação da sentença, a possibilidade de se fixar um regime

mais brando, de acordo com a detração no caso concreto. (HC 366005 / SP HABEAS CORPUS 2016/0207821-8, Ministro , T5 – QUINTA TURMA, DJe 12/12/2016)

3. O art. 387, § 2º, do CPP refere-se ao regime inicial de cumprimento de pena e não possui relação com o instituto da progressão de regime, própria da execução penal, devendo o juiz sentenciante verificar, no momento da prolação da sentença, a possibilidade de se fixar um regime mais brando em razão da detração, não havendo que se falar em análise dos requisitos objetivos e subjetivos, mas tão somente no tempo de prisão provisória naquele processo.” (HC 402971/SP HABEAS CORPUS 2017/0136995-0, Ministro , T5 – QUINTA TURMA, DJe 11/10/2017).

Nota-se assim, que a nova Lei altera o momento do reconhecimento e cálculo da detração em casos de modificação do regime inicial de pena, que passa a ser realizado por ocasião da prolação da sentença condenatória, e não mais pelo Juízo das Execuções Criminais, após a expedição da guia de recolhimento.

No momento da prolação da sentença condenatória, a pena obtida no decisor será levada em consideração para fins de detração pelo juízo de primeiro grau, antecipando, assim, o cálculo da pena a ser cumprida, bem como a fixação de regime inicial da pena.

É válido registrar ainda, que, de acordo com a nova norma, a pena fixada após a detração serve apenas para fins de sua execução e fixação do regime inicial, já que modifica, simplesmente, a competência para o reconhecimento da detração, que passa a ser do Juízo da Instrução ao proferir sentença.

Assim, o instituto da detração só é aplicável pelo juízo de cognição para a fixação do regime de pena imposta, caso contrário, a análise de tal instituto ficará a cargo do juízo da execução.

In casu, consta nos autos que o Acusado permaneceu preso cautelarmente, até a data da sentença, por cerca de 09 (nove) meses, pois foi preso em flagrante na data de 06/04/2019, tendo sido a sentença proferida em 29/01/2020. Logo, computando esse período na pena então aplicada, qual seja, 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses, aplicando-se o instituto da detração, não conduz à alteração do regime inicial da pena imposta. Isto porque, quanto ao regime inicial de cumprimento de pena estabelecido na decisão de origem, este se encontra em compasso com o disposto no art. 33, § 2º, 'a', § 3º, e art. 34, todos do Código Penal, ratificando-se o regime fechado, vez que sopesada circunstância judicial desfavorável.

DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE

No que tange à possibilidade de recorrer em liberdade, entendo não assistir direito ao Apelante.

A sentença vergastada, quando da negativa do direito ao réu para recorrer em liberdade, entendeu pela necessidade de manutenção da prisão preventiva, nos seguintes termos:

“Nego ao réu o direito de recorrer o eventual recurso em liberdade. Justifico: preso cautelarmente durante toda instrução criminal, pois presentes os requisitos da decretação da prisão preventiva, em especial o risco à ordem pública e à aplicação da lei penal, com maior razão deve permanecer recolhido após a prolação de sentença condenatória, pois o contrário significaria inviabilizar a execução da pena imposta. Ademais, seria um contrassenso, agora que pesa contra ele sentença condenatória, embora sujeita a reforma, colocá-lo em liberdade, mormente se consideradas as circunstâncias especialmente graves que cercaram a ação, aliado à

quantidade de pena imposta que, convidativa à evasão, indica que, solto, certamente se furtará ao seu cumprimento.

Indo além, possui uma folha corrida repleta de anotações com uma condenação, em grau de recurso, conhecedor profundo dos Presídios desta Capital, com entradas e saídas oportunizadas pelos juízes na tentativa de busca de uma reintegração social, somente contribuíram para ampliar o seu conceito de impunidade.

Daí essas situações também influem na manutenção da decisão cautelar outrora prolatada.” (ID 167666317 – Ação Penal – PJE 1º Grau).

Os fundamentos utilizados para a verificação da autoria e materialidade do recorrente na fundamentação do decisum recorrido demonstram estarem presentes os fundamentos necessários para a manutenção do decreto preventivo, eis que o *modus operandi*, revelando a gravidade em concreto do delito, além dos antecedentes criminais, com uma condenação já registrada, são variáveis que autorizam a medida.

Nesse sentido, colhe-se orientação do Superior Tribunal de Justiça: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA. SÚMULA N. 52/STJ. MANUTENÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUSTIFICADORAS DA PRISÃO PREVENTIVA. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. REVOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. APREENSÃO DE EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. INQUÉRITOS POLICIAIS OU AÇÕES PENAIS EM CURSO. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. DESPROPORÇÃO ENTRE O TEMPO DE CUSTÓDIA E O QUANTUM DA PENA. INVIABILIDADE DE ANÁLISE. COVID-19. RECOMENDAÇÃO CNJ N. 62/2020. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Tendo sido proferida sentença condenatória fica superada a alegação de excesso de prazo para a formação da culpa (Súmula n. 52 do STJ).

2. A manutenção de custódia cautelar ganha reforço com a prolação de sentença condenatória que não concede ao agravante 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.

3. A prisão preventiva é cabível mediante decisão fundamentada em dados concretos, quando evidenciada a existência de circunstâncias que demonstrem a necessidade da medida extrema, nos termos dos arts. 312, 313 e 315 do Código de Processo Penal.

4. São fundamentos idôneos para a decretação da segregação cautelar no caso de tráfico ilícito de entorpecentes a quantidade, a variedade ou a natureza das drogas apreendidas, bem como a gravidade concreta do delito, o *modus operandi* da ação delitativa e a periculosidade do agente.

5. Inquéritos policiais ou ações penais em curso justificam a imposição de prisão preventiva como forma de evitar a reiteração delitiva e, assim, garantir a ordem pública.

6. As condições pessoais favoráveis do agente não impedem, por si sós, a manutenção da segregação cautelar devidamente fundamentada.

7. É inviável a análise acerca da desproporção entre a custódia cautelar cuja revogação é pleiteada em habeas corpus e a quantidade de pena a ser eventualmente fixada em sentença condenatória, pois não é permitido, na estreita via do writ, juízo de valor antecipado acerca da condenação final.

8. A Recomendação CNJ n. 62/2020 não prevê automática revogação da prisão preventiva ou sua imediata substituição por medidas cautelares alternativas, cabendo às autoridades judiciais a análise do caso concreto

realidade do ambiente prisional e condições pessoais de cada sentenciado a fim de decidir sobre a possibilidade de concessão do benefício.

9 . Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 732.146/SP, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 17/5/2022, DJe de 20/5/2022.) – grifos nossos.

DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA

Por fim, merece acolhimento o pleito no que concerne ao benefício da assistência judiciária gratuita formulado pela Defesa em benefício do recorrente, pois vincado o estado de hipossuficiência deste último, conforme estabelecido no art. 99, caput, e § 3º, do novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015).

Entrementes, conforme já decidido na Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma, deste Egrégio Tribunal, da qual este Signatário faz parte, “o deferimento do pedido de assistência judiciária gratuita, todavia, não possui o condão de afastar, de plano, a obrigação de arcar com as custas processuais decorrentes da sucumbência, pois tais encargos são efeitos próprios da sentença penal condenatória. A Lei nº 13.105/2015, em seu art. 98, prevê que a obrigação de arcar com o pagamento das custas processuais subsiste, mesmo diante do deferimento dos benefícios da gratuidade” (Apelação Criminal nº 0351793–33.2013.8.05.0001, Relatora , julgado em 08/11/2016).

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto no sentido de CONHECER do recurso e NEGAR PROVIMENTO AO APELO, mantendo-se, in totum, a sentença objurgada por seus próprios fundamentos, concedendo-se os benefícios da assistência judiciária gratuita.

É o voto.

DES.

RELATOR