

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000012-71.2017.8.05.0044 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: GENILSON SILVA e outros Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e outros Advogado (s): ACORDÃO DIREITO PENAL. APELAÇÕES DEFENSIVA E ACUSATÓRIA. ROUBO NA FORMA TENTADA – ARTIGO 157, CAPUT, COMINADO COM O ARTIGO 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. RECORRENTE CONDENADO, APLICANDO-LHE A REPRIMENDA 2 (DOIS) ANOS DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME INICIALMENTE ABERTO, BEM COMO O PAGAMENTO DE 20 (VINTE) DIAS-MULTA, NO VALOR DE 1/30 (UM TRINTA AVOS) DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. PLEITOS RECURSAIS. PRELIMINARMENTE: I – DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO. INCOMPETÊNCIA DESTA TURMA EM FASE DE CONHECIMENTO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE EXECUÇÕES PENAS. NO MÉRITO: II – DO REDIMENSIONAMENTO DA PENA. IMPROVIMENTO DEFENSIVO. PROVIMENTO ACUSATÓRIO. II. A – DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE GENÉRICA NÃO PODE CONDUZIR À REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. ÓBICE DA SÚMULA N. 231 DO STJ. II. B – DA FRAÇÃO IDEAL PARA O CÁLCULO DA TENTATIVA. NOS TERMOS DO DECIDIDO PELA TERCEIRA SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL 1.499.050/RJ, SUBMETIDO AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS, "CONSUMA-SE O CRIME DE ROUBO COM A INVERSÃO DA POSSE DO BEM, MEDIANTE EMPREGO DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA, AINDA QUE POR BREVE TEMPO E EM SEGUIDA A PERSEGUIÇÃO IMEDIATA AO AGENTE E RECUPERAÇÃO DA COISA ROUBADA, SENDO PRESCINDÍVEL A POSSE MANSA E PACÍFICA OU DESVIGIADA". VÍTIMA DEPÕE QUE O RÉU LHE RETIROU DIVERSOS BENS, EFETIVAMENTE, INVERTENDO A POSSE. PALAVRA DA VÍTIMA TEM ESPECIAL IMPORTÂNCIA NOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. PRECEDENTES DO STJ E STF. CRIME NÃO FORA TENTADO, MAS CONSUMADO, SOMENTE NÃO SE ALTERANDO A SENTENÇA PRIMEVA NESSE QUESITO POR RESPEITO AO NON REFORMATIO IN PEJUS. ENTRETANTO, CONSIDERANDO-SE QUE O CRIME NÃO PODE ESTAR MAIS PRÓXIMO DA CONSUMAÇÃO DO QUE ESTAR CONSUMADO EM SI, INCONSIDERÁVEL A DIMINUIÇÃO DA PENA EM QUALQUER FRAÇÃO ACIMA DA MÍNIMA POSSÍVEL. OBRIGATÓRIA A REFORMA DA PENA, DE ACORDO COM O PEDIDO ACUSATÓRIO. CONCLUSÃO: CONHECIDO O APELO ACUSATÓRIO E PARCIALMENTE CONHECIDO O APELO DEFENSIVO. IMPROVIDA A APELAÇÃO DEFENSIVA NAQUILO CONHECIDO, PROVIDA A ACUSATÓRIA. REDIMENSIONADA PENA ORIGINAL PARA 02 (DOIS) ANOS E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME INICIALMENTE ABERTO, BEM COMO O PAGAMENTO DE 6 (SEIS) DIAS-MULTA, NO VALOR DE 1/30 (UM TRINTA) DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal, tombados sob nº. 0000012-71.2017.8.05.0044, oriundos da Vara Criminal de Candeias/BA, tendo como recorrentes GENILSON SILVA e o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os desembargadores integrantes da Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em que sejam CONHECIDO o apelo acusatório e PARCIALMENTE CONHECIDO o apelo defensivo, julgando-os, no mérito, IMPROVIDO O PLEITO DEFENSIVO NAQUILO CONHECIDO E PROVIDO O PLEITO ACUSATÓRIO, de acordo com o voto da Relatora, que foi vertido nos seguintes termos: PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 3 de Março de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000012-71.2017.8.05.0044 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: GENILSON SILVA e outros Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e outros Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de apelação criminal interposta por

GENILSON SILVA, devidamente assistido pela DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA; e uma segunda apelação criminal interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, ambas contra a referida sentença, prolatada pelo M.M. Juízo da Vara Criminal de Candeias/BA, a qual condenou o primeiro como incurso nas penas do artigo 157, caput, cominado com o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal Brasileiro, impondo-lhe a reprimenda de 2 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente ABERTO, bem como o pagamento de 20 (vinte) dias-multa, no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos. Consta da exordial acusatória, ao id. 22002709, págs. 01/03, com base no Inquérito Policial nº 259/2016, advindo da 20ª Delegacia de Polícia Territorial de Candeias/BA, em suma, que no dia 22/12/2016, por volta das 17h00min, na urbe de Candeias, Centro, Rua 21 de Abril, atrás da loja Fama Móveis, o suplicante abordou a vítima, VERÔNICA DOS SANTOS, colocando a mão por dentro da camisa, simulando portar uma arma e anunciando um assalto. Neste contexto, o apelante subtraiu da ofendida: um telefone celular, marca Kis, cor preta com acabamento em plástico; R\$ 122,00 (cento e vinte e dois reais) em espécie e; um cartão do programa Bolsa Família. Contudo, ao fugir do local, foi perseguido e detido por populares e, em seguida, por uma guarnição da Polícia Militar. Nestes termos, o Parquet ofereceu denúncia em desfavor daquele no dia 10/01/2017, a qual fora recebida via decisão interlocutória ao id. 22002729, págs. 01/02, em 26/01/2017, deflagrando a marcha processual da qual adveio sentença penal condenatória, prolatada em 09/03/2017, decretando a procedência parcial da ação para condenar o réu por tentativa de roubo simples, conforme supracitado. Ciente do teor da sentença, o Parquet irressigna-se com o decisorio, no que se refere à sua dosimetria, interpondo o presente recurso de apelação, cujas razões vêm ao id. 22002748, págs. 01/08, em 20/04/2017, nas quais pede, exclusivamente, que seja aplicada a causa de diminuição de pena da tentativa no de 1/3 (um terço). Por fim, prequestiona, com fins recursais, o artigo 14, inciso II, e parágrafo único, do Código Penal Brasileiro. Já o Sr. Genilson Silva, também insatisfeito com a sentença condenatória quanto à sua dosimetria, interpôs seu próprio recurso de apelação, cujas razões vêm ao id. 22002754, págs. 01/13, em 04/06/2018, nas quais requer: I – a aplicação da atenuante da confissão espontânea, conforme artigo 65, inciso II, d do Código Penal, mesmo que incida sobre o mínimo legal; II – que a causa de diminuição de pena da tentativa seja aplicada no seu patamar máximo de 2/3 (dois terços) e; III – que sejam concedidos os benefícios da gratuidade de justiça. A defesa prequestiona, para fins recursais: os incisos XLVI, LIV e LVII, do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil; os artigos 59 e 65, inciso II, d do Código Penal e; a Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça. Em 04/06/2018, a defesa rechaçou os argumentos acusatórios, por meio de suas contrarrazões, ao id. 22002755, págs. 01/07, enquanto a acusação, reciprocamente, o fez por meio de suas próprias contrarrazões, ao id. 22002757, págs. 01/08, em 14/06/2018. Encaminhados os autos à Douta Procuradoria de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia, esta se manifestou por meio do parecer ao id. 24333286, págs. 01/12, em 02/02/2022, argumentando pelo conhecimento e improvemento do apelo defensivo e conhecimento e provimento do acusatório. Relatados os autos, encaminhei-os à douta Desembargadora Revisora, a qual solicitou a inclusão do feito em pauta para julgamento. Salvador/BA, 07 de fevereiro de 2022. Desa. Soraya Moradillo Pinto Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000012-71.2017.8.05.0044 Órgão Julgador: Segunda

Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: GENILSON SILVA e outros Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e outros Advogado (s): VOTO Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, conheço da apelação acusatória e em parte da apelação defensiva, retirando-se apenas o pleito que se refere à gratuidade de justiça, por motivos que se fundamentarão a seguir. I – DO PLEITO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA. Requer o recorrente Genilson Silva a concessão dos benefícios da gratuidade de justiça, pois proclama não possuir condições de arcar com as custas do processo. Entretanto, não pode tal requisição ser conhecida por este juízo ad quem, com fulcro no artigo 804 do Código de Processo Penal e conforme o entendimento assentado do Superior Tribunal de Justiça, demonstrado em diversos acórdãos recentes, como aqueles abaixo transcritos: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DECORRENTE DA FALTA DE REGISTRO ESCRITO DA sentença condenatória. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DOS VERBETES SUMULARES N.º 282 DA SUPREMA CORTE E N.º 211 DESTA CORTE SUPERIOR. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. UTILIZAÇÃO COMO MEIO PARA ANÁLISE DO MÉRITO DO RECURSO. INVIABILIDADE. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES SOBRE A PRÁTICA DO ILÍCITO. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. ISENÇÃO DE CUSTAS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A tese de nulidade decorrente da falta de registro escrito da sentença condenatória não foi objeto de análise pelo Tribunal de origem. Carece a questão, portanto, de prequestionamento, incidindo as Súmulas n.º 282 da Suprema Corte e n.º 211 desta Corte Superior. 2. Nos termos do artigo 654, § 2.º, do Código de Processo Penal, o habeas corpus de ofício é deferido por iniciativa dos Tribunais quando detectarem ilegalidade flagrante, não se prestando como meio para que a Defesa obtenha pronunciamento judicial acerca do mérito de recurso que não ultrapassou os requisitos de admissibilidade. 3. O tráfico ilícito de drogas é delito permanente, podendo a autoridade policial ingressar no interior do domicílio do agente, a qualquer hora do dia ou da noite, para fazer cessar a prática criminosa e apreender a substância entorpecente que nele for encontrada, sem que, para tanto, seja necessária a expedição de mandado de busca e apreensão. 4. No caso concreto, a entrada na residência pela autoridade policial foi precedida de fundadas razões que levaram à suspeita da prática do crime, mormente pelo fato de que existiam denúncias apontando o Agravante como traficante local, sendo que os milicianos visualizaram o Acusado portando porções da droga. O Réu, ao perceber a presença dos agentes da lei, tentou dispensar os entorpecentes. 5. A concessão do benefício da gratuidade da justiça não exclui a condenação do Acusado ao pagamento das custas processuais, mas tão somente a suspensão da sua exigibilidade pelo prazo de cinco anos. Ademais, a análise da miserabilidade do Condenado, visando à inexigibilidade do pagamento das custas, deve ser feita pelo Juízo das Execuções. 6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1371623/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/04/2019, DJe 30/04/2019) AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. artigo 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ACÓRDÃO A QUO QUE NEGOU A INCIDÊNCIA DO REDUTOR, POR ENTENDER QUE O ACUSADO SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVER TAL ENTENDIMENTO. NECESSIDADE DE REEXAME DOS FATOS. SÚMULA 7/STJ. DENÚNCIAS ANÔNIMAS. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS INFORMANDO QUE O RÉU EXERCE A ATIVIDADE DE TRAFICANTE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPETÊNCIA. JUÍZO DA EXECUÇÃO. 1. Apesar de o réu ser primário e possuir

bons antecedentes, a jurisprudência aceita que a dedicação a atividades criminosas ou a integração a organizações criminosas sejam aferidas por outros meios, como por exemplo: a apreensão de substancial quantidade de droga atrelada a petrechos; a existência de inquéritos policiais e ações penais em andamento; ou, até mesmo, em razão de notícias anônimas e depoimentos de policiais em juízo informando que o réu é amplamente conhecido por exercer a atividade de traficante na região, como é o caso dos autos. 2. Ademais, modificar o entendimento do Tribunal de origem para reconhecer que o agravante não se dedica à prática de atividades criminosas e, com isso, preenche os requisitos para a aplicação da causa especial de pena, tal como postulado, demandaria o reexame de todo o conjunto fático-probatório dos autos. 3. Cabe ao Juiz da execução aferir acerca da assistência judiciária gratuita. Precedentes. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 1368267/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 02/04/2019) Por tais fundamentos, observa-se a incompetência absoluta desta Corte, na atual fase processual, para a análise de tal matéria, limitando-se apenas à sua competência residual mínima – “Kompetenzkompetenz” –, para declarar de ofício o não conhecimento do pedido relativo à isenção de custas processuais. Passo, então, à análise meritória da apelação. II – DA DOSIMETRIA DA PENA. Conforme relatado alhures, a segunda fase da dosimetria primeva é enfrentada apenas pela defesa, a qual requer a aplicação da atenuante da confissão espontânea, conforme artigo 65, inciso II, d do Código Penal, mesmo que esta incida sobre o mínimo legal. Neste sentido, inicia a defesa informando que a atenuante fora reconhecida pelo juízo primevo, o qual deixou de aplicá-la em razão de suposta impossibilidade de fixar a pena intermediária aquém do mínimo abstratamente previsto, argumento ao qual opõe a defesa que os termos do artigo 65 do Código Penal garantem ao apenado a aplicação da atenuante pela confissão, sob pena de se ferir o Princípio da Individualização da Pena. Além disso, destaca que a pena base do réu fora estabelecida no mínimo legal na primeira fase da dosimetria, precisamente por aquele não possuir circunstâncias judiciais negativas, reputando irrazoável a inaplicação da atenuante, pois tal atitude desconsidera a boa-fé do segundo apelante, funcionando como desestímulo à confissão judicial, visto que a torna materialmente inútil. Nada obstante os argumentos defensivos, é sabido que, para a maior parte da jurisprudência pátria, a pena intermediária está adstrita ao mínimo e máximo do preceito secundário do tipo penal, de modo que, mesmo quando reconhecidas atenuantes, não é possível fixar a pena aquém do mínimo legal, nesta etapa da dosimetria da pena. Neste sentido, insta consignar que a matéria em debate já fora apreciada pelo Tribunal de Cidadania, sob o rito dos recursos especiais repetitivos, no Resp n. 1.117.073/PR (Recurso Representativo de Controvérsia), sendo firmada a tese de que “[o] critério trifásico de individualização da pena, trazido pelo art. 68 do Código Penal, não permite ao Magistrado extrapolar os marcos mínimo e máximo abstratamente cominados para a aplicação da sanção penal”. De igual modo, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 597.270/RS, com efeitos decorrentes da aplicação do regime de Repercussão Geral na Questão de Ordem, assegurou às instâncias do Poder Judiciário aplicá-la em processos similares, cuja exegese não abala o teor dos artigos 65 e 68, caput, ambos do Código Penal Brasileiro, tampouco o princípio da individualização da pena, senão vejamos: “AÇÃO PENAL. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do

mínimo legal. Inadmissibilidade. Existência apenas de atenuante ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. (RE 597270 RG-Q0, Relator (a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 26/03/2009, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-11 PP-02257 LEXSTF v. 31, n. 366, 2009, p. 445-458)". (grifo nosso). Ademais, a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem confirmando a concretização da sua Súmula de nº 231, mesmo após à reforma do sistema dosimétrico brasileiro: PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FURTO SIMPLES, RECEPÇÃO, ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR VEÍCULO AUTOMOTOR. DOSIMETRIA. PLEITO DE FIXAÇÃO DA PENA, NA FASE INTERMEDIÁRIA, AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL PELO RECONHECIMENTO DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA N. 231 DESTA CORTE SUPERIOR. REGIME SEMIABERTO. ADEQUADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL (ART. 33, § 2º, B, CP). WRIT NÃO CONHECIDO. I – A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício. II – A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer: "o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJU de 11/4/2005). III – O posicionamento perfilhado pela r. sentença condenatório (fl. 23), mantido pelo v. acórdão impugnado, está em consonância com o entendimento pacificado nesta Corte, conforme o teor da Súmula 231/STJ, in litteris: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal." IV – Considerando o quantum da pena (5 anos de reclusão), a primariedade do agente e a inexistência de circunstância judicial desfavorável, é adequado o modo semiaberto para o início da expiação, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal. Habeas corpus não conhecido. (HC 489.770/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/04/2019, DJe 12/04/2019) Além disso, a doutrina atual, na figura, por exemplo, do Dr. Ricardo Augusto Schmitt¹, verga-se no sentido de que a Súmula 231 do STJ possui aplicação para além da pena definitiva, incidindo, inclusive, sobre a pena provisória, cuja fundamentação é a segunda fase do processo dosimétrico, na qual a atenuante tratada é aplicada: "Assim, como ocorre na fixação da pena-base, prevalece o entendimento jurisprudencial de que o reconhecimento de uma circunstância atenuante não poderá conduzir a pena provisória ou intermediária aquém do mínimo legal previsto em abstrato para o tipo penal incriminador, ao tempo que o reconhecimento de uma circunstância agravante também não poderá conduzir a pena provisória ou intermediária além do máximo previsto em abstrato. (...) Apesar de o enunciado da súmula tratar apenas da hipótese de circunstância atenuante,

impedindo a redução da pena (provisória ou intermediária) abaixo do mínimo legal previsto em abstrato para o tipo, tal entendimento sumular se aplica também à hipótese de circunstância agravante, impossibilitando, igualmente, a majoração da pena (provisória ou intermediária) além do máximo previsto em abstrato para o tipo, e, neste caso, tal situação decorre de uma interpretação análoga extensiva, conforme entendimento dos próprios Tribunais Superiores, não havendo a necessidade de edição de uma nova súmula, eis que se revelam em circunstâncias previstas na mesma etapa do processo da dosimetria de pena (segunda fase), do que deflui a certeza de que deverão possuir tratamento isonômico a impedir que se avancem os limites definidos em abstrato pelo legislador (...)" (SCHMITT, Ricardo Augusto. "Sentença Penal Condenatória". 12ª. ed. Rev. E atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.) Em vista disso, considerando que a matéria já se encontra pacificada nos Tribunais Superiores, e, embora se reconheça que milita em favor do apelante a atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal Brasileiro, deixo de reduzir a pena aquém do mínimo, de maneira a respeitar-se a ampla jurisprudência brasileira, bem como sua doutrina jurídica, evitando a violação ao princípio da legalidade. Na terceira fase da dosimetria, conforme relatado alhures, requer a defesa que a causa de diminuição de pena da tentativa seja aplicada no patamar máximo: 2/3 (dois terços). Já a acusação, opostamente, pede a aplicação da causa de diminuição – reconhecida em sentença e contra a qual o Parquet não apresenta qualquer argumento – no patamar mínimo de 1/3 (um terço). Inicialmente, argumenta a defesa, ao defender a aplicação da causa de diminuição de pena no seu patamar máximo, que o objetivo da punição da tentativa volta-se ao perigo efetivo que o bem jurídico sofre, levando-se em consideração tanto o desvalor da ação quanto o desvalor do resultado. Acrescenta que a posse da res foi precária, jamais chegando o segundo apelante a ter a posse tranquila e pacífica do bem subtraído, visto que fora preso logo em seguida ao ato criminoso e ainda in loco, não tendo sido completamente percorrido o iter criminis, por circunstâncias alheias à sua vontade. Já o Parquet aduz que a doutrina considera que a diminuição da pena, em relação à tentativa, deve ser proporcional ao iter criminis percorrido, o qual julga ter sido extenso no caso concreto, visto que o acusado estaria mais próximo da consumação do ilícito penal, posto que desapossou a vítima de alguns de seus bens empreendeu fuga do local. Ademais, argumenta que o fato de o segundo apelante ter sido perseguido por populares e detido por uma guarnição da Polícia Militar em posse dos bens da vítima significa que aquele esteve mais próximo da consumação do que o contrário, havendo uma linha tênue entre a tentativa e a consumação. Destaca que o próprio juízo de piso declarou que: "a consumação do delito chegou muito próxima de ocorrer, estando o caso em análise numa verdadeira 'zona cinzenta', sendo imperiosa, todavia, o reconhecimento da tentativa em razão do princípio in dubio pro reo". Daí, seria impossível a aplicação da causa de diminuição de pena apenas no patamar médio. Possui razão o pleito acusatório. Inicialmente, como bem lembra a Douta Procuradoria de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia, nos termos daquilo decidido pela Terceira Seção do Superior Tribunal no julgamento do Recurso Especial n. 1.499.050/RJ, submetido ao rito dos recursos repetitivos: "consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada", entendimento este sumulado pela Terceira Sessão na forma da súmula 582, de mesma

redação. Neste sentido, vale destacar que a vítima, em compatibilidade com a denúncia, informou que o réu simulara portar arma de fogo, colocou a mão sob a sua camisa e subtraiu a sua bolsa, invertendo a sua posse, em seguida evadindo-se do local, tendo sido capturado por populares: TERMO DE DECLARAÇÕES EM AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE DA VÍTIMA, VERÔNICA DOS SANTOS, AO ID. 22002717, PÁG. 09, EM 22/12/2016: "(...) quando havia acabado de sair do serviço, ao caminhar pela rua atrás da Fama Móveis, foi surpreendida por um assaltante o qual "botou a mão dentro da camisa" e mandou a declarante passar o celular, dando voz de assalto, momento que puxou a bolsa da declarante, rasgando momento que caíram os pertences, tendo o indivíduo subtraído, evadindo do local; Que os populares que avistaram correram atrás perseguindo o mesmo, tendo contato com a guarnição da polícia que se encontrava fazendo ronda; Que soube que os policiais haviam conseguido localizar e prender o ladrão e em seguida foi conduzida para essa delegacia; Que o bandido roubou a importância de R\$122,00, um celular e um cartão da Bolsa Família, além da sua RG; Que nessa delegacia recebeu de volta seus pertences que foram roubados (...)" Ou seja, antes de se discutir o quão "próximo" estaria a tentativa de ser consumada, sequer prospera a ideia de que o crime aqui estudado estaria em sua forma tentada. De fato, não se trata de uma "área cinzenta" do Direito Penal, como fundamenta o Juízo de Piso. Estando ambas as partes em concordância com o fato de que o réu, de fato, subtraiu diversos bens da vítima, efetivamente invertendo a posse dos itens, irrelevante o estado de "posse mansa e pacífica dos bens". Neste ponto, vale lembrar que há entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual, em crimes contra o patrimônio, se deve conferir especial atenção e relevância à palavra da vítima: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO SIMPLES. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 59 DO CP E 386, VII, DO CPP. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR CARÊNCIA DE PROVAS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVADAS. PLEITO DE REDUÇÃO AO MÍNIMO LEGAL. IMPROCEDÊNCIA. NEGATIVAÇÃO DOS ANTECEDENTES AFASTADA PELA CORTE DE ORIGEM E FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DA CULPABILIDADE. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. POSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DA PENA-BASE. EFEITO DEVOLUTIVO PLENO DA APELAÇÃO. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. QUANTUM DA PENA NÃO AGRAVADA. PEDIDO DE AUMENTO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DECORRENTE DA MENORIDADE (artigo 65, I, DO CP). DISCRICIONARIEDADE DO JUÍZO SENTENCIANTE. PROPORCIONALIDADE. VERIFICAÇÃO. OCORRÊNCIA. 1. No que se refere ao pleito de afastamento do óbice da Súmula 7/STJ, visando à absolvição do agravante, o Tribunal paraense dispôs que, nos autos, restam comprovados tanto a autoria quanto a materialidade do delito perpetrado pelo recorrente [...]. A materialidade do delito é comprovada pelo Auto de Apresentação e Apreensão de fl. 22 e Auto de Entrega de fl. 23. Destacou, ainda, que a palavra da vítima assume relevante valor probatório nos delitos contra o patrimônio, mormente pela clandestinidade que envolve o cometimento deste tipo de crime, máxime quando corroborada pelas demais provas dos autos, como no presente caso. 2. Para revisar o aferido pela Corte de origem, seria necessária a incursão em aspectos de índole fático-probatória, medida essa inviabilizada na via eleita pela incidência do óbice constante da Súmula 7/STJ. 3. Quanto ao pleito de redução da pena-base, tem-se que, embora o Tribunal a quo tenha afastado a negativação dos antecedentes, foi justificada, de forma idônea, o desvalor concebido à culpabilidade, sob a tese de que o réu cometera o delito em via de grande movimentação, em

plena luz do dia, o que demonstra a sua maior ousadia em perpetrar o delito, bem como a maior reprovabilidade de sua conduta, não havendo que se falar em violação do princípio non reformatio in pejus. 4. Conforme descrito na decisão ora agravada, segundo a jurisprudência dessa Corte Superior, o efeito devolutivo pleno do recurso de apelação possibilita à Corte de origem, mesmo que em recurso exclusivo da defesa, a revisar as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, bem como a alterar os fundamentos para justificar a manutenção ou redução das reprimendas ou do regime inicial; não sendo o caso de apontar reformatio in pejus se a situação do recorrente não foi agravada, como no caso sob análise, em que a pena definitiva imposta na sentença foi preservada. 5. Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que é possível que o Tribunal, ainda que em recurso exclusivo da defesa, revise a fundamentação apresentada na dosimetria da pena realizada na sentença, desde que não modificada a sanção cominada, sem que tal procedimento caracterize indevida reformatio in pejus. [...] O efeito devolutivo pleno do recurso de apelação autoriza que o Tribunal ad quem, ainda que em recurso exclusivo da defesa, proceda à revisão das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, alterando os fundamentos para justificar a manutenção da pena-base exasperada, não havendo que se falar em reformatio in pejus se a situação do sentenciado não é agravada (AgRg no AgRg no AREsp n. 690.133/RS, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 17/12/2018). 6. Quanto ao pleito de ampliação da fração atinente à circunstância atenuante prevista no artigo 65, I, do Código Penal, tal diploma legal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (HC n. 219.354/MS, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 19/3/2019). 7. Para a fixação da pena provisória, o Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena em razão da incidência das agravantes e atenuantes genéricas. Diante disso, a doutrina e a jurisprudência pátrias anunciam que cabe ao magistrado sentenciante, nos termos do princípio do livre convencimento motivado, aplicar a fração adequada ao caso concreto, em obediência aos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade (AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.012.815/DF, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 26/3/2018). 8. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1781652/PA, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 24/05/2019) Assim, não resta dúvidas de que o crime fora consumado e nestes termos deveria ter sido condenado o réu, fato que este voto terá de desconsiderar apenas em respeito ao princípio do non reformatio in pejus, não estando obrigado, entretanto, a bem de argumentação, a ignorar o fato de que a sentença primeva afrontou diretamente súmula do STJ e entendimento consolidado da jurisprudência pátria, conforme se observa a seguir: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA TENTATIVA. IMPOSSIBILIDADE. POSSE MANSA E PACÍFICA. DESNECESSIDADE. INVERSÃO DA POSSE DO BEM. RECONHECIMENTO DO CRIME CONSUMADO. ALTERAÇÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da

legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, por exigirem revolvimento probatório. 2. Nos termos do decidido pela Terceira Seção deste Superior Tribunal no julgamento do Recurso Especial 1.499.050/RJ, submetido ao rito dos recursos repetitivos, "consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada".

Posteriormente, a Terceira Sessão aprovou a Súmula 582, com a mesma redação. 3. Se a Corte Estadual reconheceu ter havido a inversão da posse da res furtivae – a qual, inclusive, saiu da esfera de vigilância da vítima, ainda que por breve espaço de tempo, pois o paciente foi abordado próximo ao local dos fatos, ainda com o bem subtraído em sua posse –, e, por consectário, a consumação do crime de roubo, para infirmar tal conclusão seria necessário revolver o contexto fático-probatório dos autos, o que não se coaduna com a via do writ. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 626.836/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/12/2020, DJe 14/12/2020) PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. DELITO DE ROUBO CONSUMADO. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA FORMA TENTADA. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO PROBATÓRIO. INVIÁVEL NA VIA ELEITA. SÚMULA Nº 582 STJ. REGIME SEMIABERTO. ADEQUADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL. WRIT NÃO CONHECIDO. I – A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício. II – Não se cogita a desclassificação da conduta para a modalidade tentada, pois, nos termos do decidido pela Terceira Seção deste Superior Tribunal no julgamento do Recurso Especial n. 1.499.050/RJ, submetido ao rito dos recursos repetitivos, "consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada". Mais recentemente, em 14/09/16, a Terceira Sessão aprovou a Súmula n. 582, com a mesma redação. III – O eg. Tribunal de origem bem fundamentou a manutenção do regime semiaberto, em razão da periculosidade do paciente, evidenciada pelo modus operandi efetivado na execução do delito, mediante violência em via pública contra vítima, demonstrando maior ousadia no cometimento do crime. Circunstâncias que justificam o recrudesimento do regime inicial de cumprimento de pena, por revelar maior periculosidade e reprovabilidade na conduta perpetrada. Habeas corpus não conhecido. (HC 541.063/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 28/11/2019) O critério argumentado pelo Parquet quanto à fração a ser adotada na diminuição da tentativa é idôneo, pois, sendo jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça que, na escolha do quantum de redução da pena, o magistrado deve levar em consideração somente iter criminis percorrido, ou seja, quanto mais próxima a consumação do delito, menor

será a diminuição: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E LATROCÍNIO TENTADO. DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVANTE COM DUAS CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO À ÉPOCA DA CONDENÇÃO. FRAÇÃO DE AUMENTO NA TERCEIRA FASE DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. NÚMERO DE AGENTES. AFASTAMENTO DA SÚMULA N. 443. REDUÇÃO PELA TENTATIVA. ITER CRIMINIS PERCORRIDO PRÓXIMO À CONSUMAÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. ESPÉCIES DIFERENTES DE DELITOS. AGRAVO DESPROVIDO. 1. O agravante possuía, à época da sentença, duas condenações com trânsito em julgado. Assim, não há falar em utilização de mesma condenação na primeira e na segunda fases da dosimetria, isto é, não há bis in idem. 2. Segundo o enunciado n. 443 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça ? STJ, o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes. Na hipótese, o Tribunal a quo apresentou fundamentação concreta, qual seja, o maior número de agentes (3) na prática do delito, para justificar o incremento superior de 3/8. 3. No que diz respeito à fração de redução pela tentativa, verifico que o critério adotado mostra-se idôneo, pois, na escolha do quantum de redução da pena, o magistrado deve levar em consideração somente o iter criminis percorrido, ou seja, quanto mais próxima a consumação do delito, menor será a diminuição. No caso, embora a vítima não tenha sido atingida, configurando, assim, tentativa branca, hipótese na qual se tem aplicado, em regra, a fração máxima (2/3), o fato de o agravante ter efetuado vários disparos contra a vítima evidencia um maior percurso do iter criminis, justificando a fração de 1/2. Ademais, a modificação do entendimento sobre a maior ou menor proximidade da consumação do delito demanda o reexame minucioso da matéria fática, o que é vedado na via estreita do habeas corpus. 4. Os crimes de roubo e latrocínio tentando são de espécies diferentes, o que afasta o reconhecimento da continuidade delitiva. 5. Agravo desprovido. (AgRg no HC 470.696/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2020, DJe 04/05/2020) É claro que, conforme as premissas fornecidas pelos tribunais superiores, a fração ideal para o cálculo da causa de diminuição da pena é o mínimo possível: 1/3 (um terço), conforme requer o Ministério Público do Estado da Bahia. Sendo assim, redimensiono a pena para 02 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente aberto, bem como o pagamento de 6 (seis) dias-multa, no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos. III – DO DISPOSITIVO. Diante do exposto e de tudo quanto fundamentado, vota-se no sentido de que o apelo seja CONHECIDO o apelo acusatório e PARCIALMENTE CONHECIDO o apelo defensivo, julgando-os, no mérito, , IMPROVIDO O PLEITO DEFENSIVO NAQUILO CONHECIDO E PROVIDO O PLEITO ACUSATÓRIO, redimensionando a pena para 02 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente ABERTO, bem como o pagamento de 6 (seis) dias-multa, no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pelo crime previsto no artigo 157, caput, cominado com o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal Brasileiro. Ex positis, acolhe esta Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, o voto através do qual CONHECE EM PARTE do apelo defensivo e se CONHECE do apelo acusatório; julgando IMPROVIDO NAQUILO CONHECIDO o apelo interposto por GENILSON SILVA e PROVIDO o apelo interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. Salvador/BA, 07 de fevereiro de 2022. Desa. Soraya Moradillo Pinto Relatora