

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO
7ª CÂMARA CRIMINAL
APELAÇÃO CRIMINAL Nº. 0800001-09.2026.8.19.0204
APELANTE: PAULO VICTOR SANTOS AGRICOLA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO

EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. DESOBEDIÊNCIA. ABSOLVIÇÃO QUANTO AO ART. 330 DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. RECONHECIMENTO POLICIAL CORROBORADO POR PRISÃO EM FLAGRANTE E DEPOIMENTOS POLICIAIS. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA DISPENSÁVEIS. ROUBO CONSUMADO. INVERSÃO DA POSSE. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA INAPLICÁVEL. DOSIMETRIA. CONCURSO DE AGENTES CONSIDERADO COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AFASTAMENTO DA CUMULAÇÃO DAS MAJORANTES NA TERCEIRA FASE. REGIME FECHADO MANTIDO. DETRAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Apelação criminal interposta pela defesa contra sentença que condenou o acusado pela prática do crime de roubo duplamente majorado, pelo concurso de agentes e emprego de arma de fogo, e pelo delito de desobediência, em concurso material, fixando a

pena em 11 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, em regime fechado, 1 mês e 15 dias de detenção e multa. A defesa requer a absolvição por insuficiência probatória e, subsidiariamente, o reconhecimento da tentativa, o afastamento da majorante do emprego de arma de fogo, a incidência da participação de menor importância, a redução da pena-base e a fixação de regime prisional menos gravoso.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há quatro questões em discussão: (i) saber se o conjunto probatório é suficiente para sustentar a condenação pelo crime de roubo; (ii) saber se o roubo permaneceu na forma tentada, se é cabível o afastamento da majorante do emprego de arma de fogo e se incide a causa de diminuição pela participação de menor importância; (iii) saber se o delito de desobediência deve subsistir diante da fuga do acusado após ordem de parada policial; e (iv) saber se a dosimetria da pena e o regime prisional devem ser modificados.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A materialidade e a autoria do roubo estão suficientemente demonstradas pelo auto de prisão em flagrante, registros de ocorrência, termos de declaração, autos de apreensão e entrega, laudo referente ao simulacro e prova oral. O reconhecimento realizado na fase inquisitorial não constitui elemento isolado, pois foi corroborado pela prisão em flagrante do acusado logo após o roubo, na posse dos bens subtraídos, e pelos depoimentos firmes e harmônicos dos policiais responsáveis pela abordagem. A ausência da vítima em juízo, por si só, não conduz à absolvição quando os elementos extrajudiciais encontram respaldo em provas produzidas sob contraditório.

4. A prova demonstra a atuação direta e relevante do acusado na empreitada criminosa, afastando a tese de participação de menor importância. Sua atuação na fuga, na condução da motocicleta subtraída e na posse dos bens, além da atribuição de agressões à vítima,

evidencia contribuição essencial para a execução do delito.

5. A majorante do emprego de arma de fogo prescinde da apreensão e perícia do artefato quando seu emprego é suficientemente demonstrado por outros elementos probatórios. No caso, o relato da vítima na fase inquisitorial, corroborado pelos depoimentos dos policiais e pelos demais elementos dos autos, mostra-se suficiente para a incidência da causa de aumento.

6. O roubo está consumado. A jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça estabelece que a consumação ocorre com a inversão da posse do bem mediante violência ou grave ameaça, ainda que por breve período e mesmo diante de perseguição imediata e recuperação da coisa, sendo desnecessária a posse mansa, pacífica ou desvigiada.

7. A fuga do agente diante de ordem policial de parada, sem emprego de violência, não configura o crime autônomo de desobediência quando destinada a evitar a própria prisão em flagrante pelos delitos anteriormente praticados. Ausente conduta típica autônoma de desobediência, impõe-se a absolvição quanto ao art. 330 do Código Penal.

8. Na dosimetria, embora reconhecidas as duas causas de aumento do roubo, mostra-se inadequada a incidência cumulativa em cascata sem fundamentação concreta suficiente. Considerando a maior fração correspondente ao emprego de arma de fogo, mantém-se essa majorante na terceira fase, deslocando-se o concurso de agentes para a primeira etapa como circunstância judicial desfavorável, com incremento de 6 meses na pena-base.

9. Mantida a agravante da reincidência e aplicado, na terceira fase, o aumento de 2/3 pelo emprego de arma de fogo, a pena definitiva pelo roubo é fixada em 9 anos e 2 meses de reclusão e 33 dias-multa.

10. O regime fechado mostra-se adequado diante da reincidência, da gravidade concreta da conduta, do emprego de arma de fogo e do

concurso de agentes, circunstâncias que evidenciam maior reprovabilidade da conduta. A detração não produz, no caso concreto, alteração do regime, sem prejuízo da apreciação pelo juízo da execução.

IV. DISPOSITIVO

11. Recurso parcialmente provido para absolver o acusado do crime de desobediência, mantendo-se a condenação pelo crime de roubo majorado e redimensionando-se a pena para 9 anos e 2 meses de reclusão, em regime fechado, e 33 dias-multa.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos da **APELAÇÃO CRIMINAL Nº. 0800001-09.2026.8.19.0204**, em que é Apelante: **PAULO VICTOR SANTOS AGRICOLA**; e Apelado: **O MINISTÉRIO PÚBLICO**; ACORDAM os Desembargadores que compõem a 7ª Câmara Criminal, por _____ de votos, em dar parcial provimento ao apelo defensivo para absolver o acusado da prática do injusto do artigo 330, caput, do Código Penal, ficando a pena final acomodada em **09 anos e 02 meses de reclusão e multa de 33 dias**.

Rio de Janeiro, na data da sessão de julgamento.

**DESEMBARGADOR MARCUS BASILIO
RELATOR**

APELAÇÃO CRIMINAL Nº. 080001-09.2026.8.19.0204

VOTO

Adoto o relatório já constante dos autos.

Conheço do recurso interposto, porquanto presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Como antes relatado e de acordo com as razões recursais, busca a defesa técnica a absolvição, ante a fragilidade probatória. Em caráter subsidiário, pugnou pelo reconhecimento da forma tentada do delito, o afastamento da majorante do emprego de arma de fogo, o reconhecimento da participação de menor importância, a redução da pena base, o abrandamento do regime de pena para o semiaberto ou aberto.

Inicialmente, antes de enfrentar o pleito defensivo, entendo que algumas considerações devem ser feitas.

Como se depreende dos autos, o acusado foi denunciado e condenado pelo crime de roubo duplamente majorado pelo concurso de agentes e emprego de arma de fogo (art. 157, §2º, II e §2º-A, I, do Código Penal), e desobediência (art. 330, caput, do Código Penal), todos em concurso material (artigo 69).

A pena final ficou acomodada em 11 anos, 01 mês e 10 dias de reclusão em regime fechado; 01 mês e 15 dias de detenção e multa de 51 dias.

Feitas estas considerações e não havendo preliminares a serem enfrentadas, passo a examinar o mérito do recurso.

Inicialmente, analiso o pleito de **absolvição** e, de pronto, afasto a pretensão respectiva, porquanto os elementos de prova carreados aos autos se mostram aptos a escorar a condenação do acusado.

Compulsando aos autos, verifica-se que, ao contrário do alegado nas razões recursais, a prova da autoria está abundantemente comprovada, sendo inquestionável a participação do acusado na empreitada criminosa.

A defesa sustenta que a condenação estaria amparada em acervo probatório insuficiente, notadamente em relatos de natureza indireta, diante da ausência da vítima em juízo.

Sem razão.

No caso presente, a autoria restou evidenciada não só pelo reconhecimento operado pela vítima, como também pelos coerentes depoimentos dos agentes da lei que procederam à abordagem e prisão em flagrante do acusado na posse da motocicleta, celulares e capacetes anteriormente subtraídos da vítima na ação criminosa.

Desse modo, depreende-se que o reconhecimento operado em sede policial não foi o único

elemento probatório utilizado como fundamento na decisão condenatória.

Evidente que o reconhecimento do acusado pela vítima, mormente na fase inquisitorial, é prova relativa que, na hipótese dos autos, se une a outros elementos de convicção carreados aos autos e se mostram suficientes para afastar a pretensão absolutória e ensejar a condenação do réu como passo a analisar de forma mais aprofundada.

Senão vejamos.

A materialidade do delito de roubo restou demonstrada através do **APF** (id. 254552855), do **Registro de Ocorrência e seu aditamento** (ids. 254552856, 254552861, 254552868), dos **Termos de declaração** (ids. 254552862, 254552864, 254552865, 254552866), do **auto de apreensão e de entrega** (ids. 254552863, 254552867), do **Laudo de Exame de Descrição Material - simulacro de arma de fogo** (id. 260845731), e pela prova oral, ficando certo de que o acusado e outro elemento não identificado, mediante violência e grave ameaça exercida pelo emprego de arma de fogo e de um simulacro de arma de fogo, subtraiu, para si ou para outrem, os bens descritos na peça acusatória, ciente de que estes não lhe pertenciam e que agia sem o consentimento de seu legítimo proprietário, restando presentes os elementos de ordem objetiva e subjetiva do tipo majorado imputado, inclusive o indispensável *animus furandi*.

Da mesma forma, entendo que a autoria restou suficientemente demonstrada, chegando à mesma conclusão da magistrada sentenciante.

Com efeito, o conjunto probatório revela-se suficiente para amparar o decreto condenatório. As

declarações prestadas pela vítima na fase inquisitorial (id. 254552865), embora não reproduzidas em juízo, encontram respaldo em elementos probatórios produzidos sob o contraditório, especialmente na prisão em flagrante do acusado, ocorrida logo após o roubo, quando foi encontrado na posse dos bens subtraídos. Soma-se a isso o fato de a vítima tê-lo identificado, ainda na fase policial, como o agente que lhe desferiu golpes na cabeça com a coronha da arma, circunstâncias que, apreciadas em conjunto, conferem consistência e segurança à conclusão condenatória.

Como já antes destacado, dispõe o artigo 155 do CPP que a condenação não pode se escorar **apenas** em elementos de informação obtidos na fase extrajudicial.

Efetivamente, apenas quando ouvida na fase policial, a vítima **JEFFERSON FRANCISCO** narrou de forma clara e coerente toda a dinâmica dos fatos (id. 254552865), **lembrando, mais uma vez, que o acusado foi preso em flagrante, logo após a ação criminosa, sendo com ele encontrado todos os bens subtraídos da vítima.**

Transcrevo parte de seu depoimento em sede policial:

“QUE na data de 02jan2026, por volta das 00h25min, o declarante encontrava-se trabalhando como MOTO-UBER; QUE recebeu uma solicitação de corrida com local de embarque na Rua Aceguá, Bairro Coelho Neto, Rio de Janeiro/RJ; QUE ao chegar ao local indicado para o embarque, motocicleta para entregar o capacete ao suposto solicitante da viagem, um homem magro, pardo, cerca de 1m75cm de altura, utilizando camisa do flamengo azul, com cabelo preto que hora sabe chamar-se PAULO VICTOR SANTOS AGRICOLA; QUE neste momento, um segundo indivíduo, um homem magro, de mesma altura, cabelo preto e pele mais escura que a do outro indivíduo, utilizando roupa preta, surgiu de

trás de um veículo estacionado, apontando uma arma de fogo em sua direção e anunciando o assalto dizendo "PERDEU, SAI DA MOTO"; QUE em seguida, PAULO passou a desferir golpes contra o declarante utilizando a coronha da arma, causando agressões físicas; QUE os dois indivíduos subtraíram os capacetes do declarante e a motocicleta, empreendendo fuga com o veículo no sentido da Avenida Brasil, sendo pilotada por PAULO; QUE a motocicleta subtraída trata-se de uma HONDA TITAN 160, ANO 2022, COR PRATA, PLACA RJA9E93; QUE além da moto, levaram seus dois celulares que estavam presos em um suporte para moto, um XIAOMI POCO C75 PRETO e um SANSUNG A01 AZUL; QUE após a fuga dos autores, o declarante saiu correndo pela via pública, gritando "LADRÃO", momento em que um popular informou que havia uma viatura policial baseada mais à frente, na Avenida Brasil; QUE dirigiu-se até a referida viatura para comunicar o ocorrido; QUE os policiais militares repassaram as informações via rádio; QUE após algum tempo, enquanto aguardava a chegada de outra viatura para conduzi-lo à delegacia, os policiais baseados receberam informação de que uma motocicleta havia sido abordada mais à frente na Avenida Brasil; QUE os policiais encaminharam fotografias da motocicleta abordada para confirmação; QUE ao visualizar as imagens, o declarante confirmou tratar-se de sua motocicleta; QUE JEFERSON dispensou atendimento médico; QUE posteriormente uma viatura compareceu ao local e conduziu o declarante JEFERSON até a delegacia da área para as providências cabíveis; QUE comparece a esta UPJ para registro do fato. E nada mais disse".

Como dito, apesar de ela não ter sido ouvida em juízo, durante a instrução judicial, observado o contraditório, os policiais militares **DAVID** e **FABIANO**, autores da prisão, prestaram depoimento firme e harmônico, narrando com detalhes à dinâmica dos fatos que culminou com a prisão do acusado.

Destaco parte do depoimento do policial militar **David** (sistema audiovisual – transcrição não literal – grifos nossos):

"(...) que reconhece o acusado; que não o conhecia anteriormente; que no dia dos fatos estava de serviço;

que realizava patrulhamento e saía do posicionamento, retornando para a base; **que visualizou uma motocicleta ocupada pelo acusado e pelo comparsa, seguindo para a pista central; que deu ordem de parada à motocicleta; que o acusado desobedeceu à ordem de parada e empreendeu fuga; que perseguiu a motocicleta e não conseguiu precisar a duração da perseguição; que o acusado e o comparsa bateram a motocicleta e caíram; que o comparsa empreendeu fuga a pé; que seguiu em seu encalço e ouviu um estampido em meio ao mato; que o comparsa evadiu-se; que não conseguiu precisar se a arma utilizada consistiu em pistola ou revólver; que sinalizou ordem de parada; que estava em viatura caracterizada; que ao retornar, encontrou o acusado detido no chão; que o acusado permaneceu junto com o simulacro de pistola; que o acusado confirmou que a motocicleta e os aparelhos celulares eram produto de roubo; que permaneceu no local; que o reforço policial chegou ao local; que realizaram buscas para localizar o comparsa que empreendeu fuga; que não obtiveram êxito nas buscas; que colocaram o acusado na viatura; que conduziu a motocicleta até a 34ª Delegacia de Polícia; que ao chegar ao outro lado da Avenida Brasil, na pista sentido centro, visualizou uma viatura com o proprietário da motocicleta; que a motocicleta havia sido roubada em local que não recordou, possivelmente na região mencionada; que a vítima informou que sofreu o roubo; que conduziram a ocorrência à 34ª Delegacia de Polícia; que a vítima informou que o acusado e o comparsa solicitaram uma corrida por aplicativo; que a vítima compareceu ao local após acionamento pelo aplicativo; que o acusado e o comparsa estavam no local; que o acusado e o comparsa renderam a vítima e subtraíram sua motocicleta; que não recordou eventual agressão praticada contra a vítima; que a vítima informou que foi roubada; que a vítima informou que o acusado e o comparsa estavam armados; que o acusado e o comparsa subtraíram o telefone celular da vítima e a motocicleta da vítima; que localizou o telefone celular; que a vítima reconheceu o telefone celular localizado; que o comparsa ocupava a garupa da motocicleta e empreendeu fuga (...)**”.

No mesmo sentido, o policial militar **Fabiano**, esclareceu (sistema audiovisual – transcrição não literal – grifos nossos):

“(...) que no dia dos fatos estava de serviço; que realizava bloqueio na Avenida Brasil; que visualizou o acusado e o comparsa transitando em uma motocicleta em alta velocidade; que iniciou acompanhamento da motocicleta com sinais sonoros e ordem de parada; que o acusado e o comparsa não acataram a ordem policial e empreenderam fuga; que transmitiu alerta pelo rádio; que o acusado e o comparsa continuaram em fuga; que reduziu a velocidade por questões de segurança, em razão da alta velocidade empregada; que o acusado e o comparsa tentaram ultrapassar um canteiro para acessar a pista lateral da Avenida Brasil; que o acusado e o comparsa caíram da motocicleta ao tentar realizar a manobra; que o comparsa adentrou uma área de mata próxima ao local; que o acusado permaneceu próximo à motocicleta; que dirigiu-se ao acusado; que outro policial dirigiu-se ao comparsa que adentrou a mata; que deu voz de prisão ao acusado; que o acusado portava um simulacro de pistola na mão; que o acusado alertou que o objeto consistia em um simulacro; que o simulacro possuía aparência muito semelhante à de uma arma de fogo real, inclusive com carregador removível; que o acusado rendeu-se; que o comparsa adentrou a mata; que o comparsa efetuou um disparo de arma de fogo contra o outro policial; que o comparsa conseguiu evadir-se; que o acusado permaneceu próximo à motocicleta após a queda; que os pertences da vítima caíram próximos à motocicleta; que o acusado portava o simulacro de pistola; que ouviu o disparo efetuado pelo comparsa; que outras viaturas chegaram em apoio após o alerta transmitido pelo rádio; que efetuou a prisão do acusado; que iniciou deslocamento para a 34ª Delegacia de Polícia; que o comparsa evadiu-se pulando residências localizadas atrás da área de mata; que não conseguiu mais visualizá-lo; que por questões de segurança e em razão da baixa iluminação do local, não ingressou na área de mata; (...) que localizou dois aparelhos celulares pertencentes à vítima; que a vítima reconheceu na delegacia os dois aparelhos celulares, os capacetes utilizados pelo acusado e pelo comparsa e a motocicleta; que teve contato inicial com a vítima durante o deslocamento para a 34ª Delegacia de Polícia; que outra viatura já estava com a vítima; que a vítima pediu socorro; que a outra viatura deslocou-se ao encontro da equipe após a comunicação da ocorrência pelo rádio; que a vítima reconheceu a motocicleta por meio da placa; que a vítima foi localizada por outra viatura no local onde ocorreu o roubo; que o acusado e o comparsa percorreram a distância entre o local do roubo e o local da abordagem em aproximadamente dez minutos, em razão da alta velocidade empregada; que a perseguição durou entre

três e cinco minutos; **que a vítima reconheceu o acusado na delegacia; que a vítima reconheceu a motocicleta; que a vítima exercia atividade de entregador por aplicativo; que o acusado e o comparsa solicitaram um serviço por aplicativo; que a vítima compareceu ao local da solicitação; que o acusado e o comparsa anunciaram o assalto quando a vítima chegou ao local; que a vítima informou que o acusado e o comparsa a agrediram; que o acusado e o comparsa suspeitaram da existência de dispositivo de rastreamento ou alarme na motocicleta; que o acusado e o comparsa agrediram a vítima e retiraram seus calçados; que não observou lesões aparentes na vítima; que a vítima informou que recebeu uma coronhada no capacete; que a vítima informou que o acusado e o comparsa estavam armados; que verificou que a arma portada pelo acusado consistia em um simulacro; que o comparsa portava arma de fogo verdadeira; que a vítima informou que o acusado e o comparsa subtraíram dois aparelhos celulares, a motocicleta e um capacete; que o acusado aparentava conduzir a motocicleta; que o comparsa ocupava a garupa; que a vítima informou que o acusado e o comparsa apontaram armas para ela durante o assalto; que a vítima reconheceu o acusado, a motocicleta, os aparelhos celulares e o capacete recuperados; que não conseguiu precisar se a arma de fogo portada pelo comparsa consistia em pistola; que o disparo efetuado pelo comparsa teve como alvo o outro policial da equipe (...)**".

Vale lembrar o enunciado da **Súmula nº 70** do TJRJ:

"O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação".

Na oportunidade em que foi interrogado (sistema audiovisual), o acusado negou os fatos a ele imputados e alegou, em sua defesa, que teria solicitado uma carona a um conhecido que conduzia a motocicleta. Alega desconhecer qualquer prática criminosa e afirma não ter participado do roubo, não ter abordado a vítima, tampouco praticado as agressões, asseverando, ainda, que

o simulacro apreendido não estava em sua posse. Sustenta que estava na garupa do veículo quando a motocicleta passou a ser acompanhada pelos agentes públicos, confirmando que não foi obedecida a ordem de parada e que a queda ocorreu após uma colisão provocada pela viatura policial.

Penso, com a devida vênia, ser a versão apresentada inverossímil e desprovida de qualquer credibilidade, mormente se considerado o que foi dito pelas testemunhas e pelos demais elementos de prova carreado aos autos.

Como bem destacado pela juíza sentenciante:

“Ora, segundo a versão do Réu, ele não estaria na condução do veículo, ao revés, teria apenas aceitado uma carona de um suposto conhecido, atribuindo a este toda a responsabilidade pelos fatos, contudo, sequer foi capaz de fornecer seu nome completo, endereço ou qualquer outro dado que permitisse sua efetiva identificação, na verdade nem o primeiro nome ou o vulgo do suposto conhecido, o Réu soube declarar, limitando-se a afirmar que o indivíduo residiria em Sepetiba, sem apresentar elementos mínimos que corroborassem sua narrativa.

Ademais, o Acusado não apresentou qualquer explicação plausível para o fato de ter sido reconhecido pela vítima como um dos autores do roubo, tampouco soube esclarecer o porquê foi encontrado na posse dos bens subtraídos, sendo certo que, no presente caso, a vítima não apenas o identificou como participante da ação criminosa, mas também afirmou que ele desferiu golpes com a coronha da arma em sua cabeça.

Conclui-se que, a versão apresentada pelo Acusado não encontra respaldo na prova na prova dos autos, não passando de mera tentativa de se livrar de sua responsabilidade penal”.

Assim, penso que a prova oral produzida em ambas às fases da persecução penal, demonstrou, de

forma segura, toda a dinâmica criminosa, sendo apta a comprovar a conduta típica e ilícita imputada ao acusado.

Diante desse quadro probatório, não há a menor dúvida de que o acusado praticou o delito descrito na denúncia, pelo qual foi corretamente condenado, tornando-se impossível o acolhimento do pedido de absolvição por insuficiência de provas, lembrando, mais uma vez, que o acusado foi preso momentos após o roubo, na posse dos pertences da vítima subtraídos na empreitada criminosa.

Prova suficiente e bem analisada na sentença. Condenação mantida.

De igual sorte, mantenho a forma duplamente majorada do roubo reconhecida na sentença, sendo a ação delituosa praticada por mais de um elemento, tendo sido empregada arma de fogo como forma de ameaça.

Reclama a defesa que a arma utilizada no evento criminoso não foi apreendida e que não há qualquer prova constituída nos autos confirmando que o apelante utilizou aquele instrumento como forma de ameaça.

Tenho posicionamento pela desnecessidade da apreensão e perícia para o reconhecimento da majorante respectiva.

A matéria já foi controvertida no Superior Tribunal de Justiça (HC 59350 – MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA; HC 90915 – JANE SILVA) e no Supremo Tribunal Federal, com decisões reclamando a apreensão e perícia da arma para o reconhecimento da majorante, até que a 3ª seção do STJ pacificou o tema em sentido contrário (EResp 961.863), o

mesmo ocorrendo com o plenário do STF (HC 96.099/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 19.2.2009), passando este a ser o entendimento daquelas Cortes.

Nesta Câmara a questão está pacificada. Com efeito, todos os seus integrantes entendem pela desnecessidade de apreensão e perícia, desde que confirmado pela vítima o emprego de arma pelo agente no curso da empreitada criminosa.

No caso concreto, escorado no que foi dito pela vítima em sede inquisitorial e pelo depoimento dos policiais autores da prisão em juízo, e corroborado por outros elementos de prova, mantenho a majorante reconhecida na sentença, eis que, a meu sentir, a acusação demonstrou de forma satisfatória o emprego de arma de fogo na ação delituosa, sendo certo que, na linha da jurisprudência atual do STJ, **“o firme e coeso depoimento da vítima é, por si só, hábil a comprovar o emprego da arma de fogo no delito de roubo”** (HC 131432, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 03/11/2011).

Reclama o recorrente que o delito de roubo não saiu da esfera da tentativa.

O momento da consumação do roubo não é pacífico na doutrina e na jurisprudência, certo que este relator tem posição doutrinária diversa da adotada pelos Tribunais Superiores.

Transcrevo minha posição doutrinária:

“Apesar de não se tratar de questão pacífica na doutrina e na jurisprudência, prevalecendo no STJ e no STF o entendimento de que o crime de roubo se consuma com a subtração, independentemente da posse mansa e desvigiada pelo agente, até mesmo por política criminal e por força de regras da razoabilidade e da proporcionalidade, tenho decidido de forma diversa,

sempre na linha de que tal infração se consuma quando o agente, ainda que por pouco tempo, tenha tido a posse mansa, pacífica e desvigiada da coisa subtraída. Nesta linha, havendo imediata perseguição e êxito na prisão do agente e na recuperação da coisa subtraída, o crime não saiu da esfera da tentativa”.

...

O momento da consumação do roubo não é pacífico na doutrina e na jurisprudência.

Em regra, a doutrina tem lecionado que o roubo se consuma com a realização da subtração de igual maneira ao delito de furto (cf. **FRAGOSO**, Lições de Direito Penal, parte especial, volume I, 1987, p. 290; **HUNGRIA**, Comentários ao Código Penal, volume VII, 1955, p. 58; **REGIS PRADO**, Comentários ao Código Penal, 4ª edição, p. 564; **MIRABETE**, Código Penal Interpretado, 1999, p. 951; **NUCCI**, Código Penal Comentado, 8ª edição, p. 725; **ROGERIO GRECO**, Código Penal Comentado, 2008, p. 640; **WEBER BATISTA**, O furto e o roubo no direito e processo penal, p. 220; **DELMANTO**, Código Penal Comentado, 6ª edição, p. 350; MAYRINK, Direito Penal, Parte Especial, 5ª edição, 2003, p. 694), ou seja, quando o agente logra tirar a coisa da esfera de proteção da vítima e passa, ele próprio, ainda que por pouco tempo, a desfrutar de sua posse tranquila.

Em sentido contrário (**CEZAR ROBERTO BITENCOURT**, Código Penal Comentado, 5ª edição, p. 577; **DAMASIO**, Código Penal Comentado, 19ª edição, p. 587) e na linha da jurisprudência dos Tribunais Superiores, tem sido decidido que pela teoria da apreensão ou amotio o roubo se consuma quando a coisa é passada para o poder do agente, independentemente da posse tranquila, desvigiada e pacífica da coisa.

Alguns acórdãos têm sustentado a tese de que o roubo estaria consumado **com a prática da violência, independente da subtração** (posição minoritária existente nos Tribunais), ou, como reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (inclusive em sessão plenária) e pelo Superior Tribunal de Justiça, **com a simples subtração, pouco importando se o ladrão vem a ser preso em decorrência de perseguição imediatamente após a retirada da coisa da vítima**.

Venho sistematicamente discordando desta posição mais rigorosa dos Tribunais Superiores, entendendo que a consumação ocorre com a efetiva subtração da coisa após o emprego de violência ou grave ameaça, **sendo este o entendimento que prevalecia na**

Câmara (os Desembargadores ANTONIO BOENTE e MOACIR PESSOA DE ARAUJO passaram a adotar a posição dos Tribunais Superiores de forma temperada).

Assevero que no julgamento do HC nº. 104.593, o Supremo Tribunal Federal, em acórdão da lavra do MINISTRO FUX, admitiu a não consumação do roubo quando a ação foi monitorada por policiais que se encontravam no cenário do crime, renovando anterior decisão daquele Tribunal da lavra do MINISTRO EROS GRAU (HC 88259).

Assim, o próprio STF tem reconhecido o roubo tentado quando a abordagem inicial foi notada desde o início pelos policiais que logo efetuaram a prisão do agente.

O que é fato é que a matéria continua polêmica, inclusive neste TJRJ, pedindo vênias para destacar alguns julgados no mesmo sentido do relator que exige a posse tranquila pelo agente para que o delito fique consumado (AP 0167640-74.2010.8.19.0001 – 3ª Câmara – Des. Suimei – j. 17/05/11; AP 0087815-81.2010.8.19.0001 – 5ª Câmara – Des. Geraldo Prado – j. 08/09/11; AP 0002743-05.2010.8.19.0203 – 1ª Câmara – Des. Moacir – j. 17/08/11).

Penso também ser controvertida a definição do que se deve entender por efetiva subtração, prevalecendo na doutrina a posição de que tal expressão pressupõe a posse mansa e tranquila da coisa subtraída, devendo tal tranquilidade ser compreendida como decorrência da perda da disponibilidade do bem pelo sujeito passivo, ou seja, o lesado perde a disponibilidade da coisa e, conseqüentemente, surge à posse mansa e pacífica da coisa pelo sujeito ativo, o que permite o reconhecimento da consumação do delito quando o agente é mantido no interior do carro. Nesta hipótese, apesar de ter contato físico com a coisa subtraída e ainda não ter perdido de vista os roubadores, o crime estará consumado ainda que haja a interceptação ocasional pela polícia, eis que o agente já não tinha mais a disponibilidade sobre a coisa.

Todavia, como tem ocorrido em diversos outros processos similares, a minha posição não tem prevalecido no Superior Tribunal de Justiça, não mais se justificando a manutenção do meu entendimento, ficando tal posição apenas no campo doutrinário.

Com efeito, a 3ª Seção do STJ, em recurso repetitivo, assim se posicionou acerca do tema:

Processo

REsp 1499050 / RJ

Relator(a)

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ (1158)

Órgão Julgador

S3 - TERCEIRA SEÇÃO

Data do Julgamento

14/10/2015

Data da Publicação/Fonte

DJe 09/11/2015

Ementa

RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. **ROUBO**. MOMENTO CONSUMATIVO. POSSE MANSA E PACÍFICA DA RES FURTIVA. DESNECESSIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Recurso Especial processado sob o regime previsto no art. 543-C, § 2º, do CPC, c/c o art. 3º do CPP, e na Resolução n. 8/2008 do STJ. TESE: **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**.

2. A jurisprudência **pacífica** desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal é de que o crime de **roubo** se **consuma** no momento em que o agente se torna **possuidor** da coisa subtraída, mediante violência ou grave ameaça, ainda que haja imediata **perseguição** e prisão, sendo **prescindível** que o objeto subtraído saia da esfera de vigilância da vítima. Jurisprudência do STF (evolução).

3. Recurso especial representativo de controvérsia provido para, reconhecendo que a consumação do crime de **roubo** independe da posse mansa e pacífica da res furtiva, restabelecer a pena e o regime prisional fixados na sentença.

Atualmente a questão restou inclusive sumulada:

SÚMULA 582 – “consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada”.

No caso presente, seja qual for à posição adotada, o roubo restou consumado. Na verdade, a vítima perdeu a disponibilidade sobre a *res furtiva*, o que é suficiente para o reconhecimento da consumação do roubo.

Fica mantida, assim, a condenação pelo delito de roubo consumado.

De forma subsidiária e igualmente sem razão, busca a defesa o reconhecimento da participação de menor importância do acusado, na forma do artigo 29 do Código Penal.

A causa de diminuição de pena prevista no § 1º do artigo 29 do CP, deve ser aplicada exclusivamente na hipótese de participação. **No caso concreto**, o acusado foi um dos autores do delito descrito na exordial, razão pela qual não se aplica a figura da participação de menor importância.

Penso que o apelante não atuou como partícipe do roubo. Na verdade, trata-se de autoria. A prova carreada aos autos evidencia a participação direta e relevante do apelante na empreitada criminosa. Segundo relatado pela vítima na fase inquisitorial, em consonância com os depoimentos dos policiais militares em juízo, o acusado conduziu a motocicleta subtraída durante a fuga, permaneceu na posse dos bens e foi preso em flagrante poucos minutos após o roubo. A vítima também lhe

atribuiu as agressões praticadas com a coroa da arma, circunstância que demonstra sua atuação direta na violência empregada para a consumação do delito.

Nesse contexto, sua atuação mostrou-se essencial para a execução do crime, ao viabilizar a abordagem e o êxito da empreitada delitiva, razão pela qual não se sustenta a tese de participação de menor importância.

O partícipe não se dirige ao local. Aquele que constrange e subtrai é autor executor; aquele que permanece nas proximidades, pronto para intervir, é autor funcional; aquele que comanda a ação é autor intelectual.

Peço vênua para transcrever o que já decidi acerca do tema:

A pequena participação prevista no § 1º do artigo 129 do Código Penal não pode ser reconhecida para os co-autores do crime, eis que pela teoria do domínio final do fato, evidente que a ação dos executores direto do delito não pode ser taxada de “apoucada relevância”.

...

Conforme majoritária doutrina, o § 1º do artigo 29 do Código Penal, que prevê à pequena participação como causa de redução de pena, somente se aplica nos casos de “participação (instigação e cumplicidade)”, não se aplicando às hipóteses de co-autoria. A expressão participação deve ser entendida em sentido estrito neste caso.

Como leciona **ROGERIO GRECO**, “não se pode falar, portanto, em co-autoria de menor importância, a fim de atribuir a redução da pena a um dos co-autores”. (Código Penal Comentado, p. 134/135)

No mesmo sentido: **LUIZ REIS PRADO**, Comentários ao Código Penal, p. 163; **GUILHERME NUCCI**, Código Penal Comentado, p. 290/291; **CEZAR ROBERTO BITTENCOURT**, Código Penal Comentado, p. 105; **FERNANDO GALVÃO**, Direito Penal, Parte Geral, p. 477.

No caso concreto, ALEXANDRO e ANTONIO tiveram atuação direta na execução do arrebatamento da vítima, praticando o núcleo do tipo, sendo **co-autores** seja qual for à posição doutrinária assumida sobre o tema, não sendo evidentemente de “**pouca relevância**” (STJ HC 20819 – Felix Fischer) aquele comportamento.

Assim, fica mantida a condenação do acusado pelo crime de roubo.

Todavia, penso que não merece prosperar a pretensão condenatória no tocante ao delito de desobediência, assistindo razão à defesa neste ponto.

No caso presente, inquestionável que o acusado não atendeu à ordem policial e saiu em fuga para evitar a abordagem, fugindo sem qualquer violência, assim agindo certamente para evitar a sua prisão em flagrante pelos crimes de roubo antes praticados.

A legislação penal não pune a fuga sem violência. Pune somente aquele que ajuda a fugir.

Qual a razão do tratamento diferenciado? Penso que o menor rigor para aquele que foge daquele que ajudar a fugir, é que o primeiro atua dentro do direito natural de evitar a prisão.

Entendimento contrário, com todas as vênias, permitiria a punição pelo crime de desobediência de todos os autores de crime que, quando perseguidos pela polícia, não atendessem a ordem de parar e procurassem fugir.

Diferente o tratamento quando se emprega violência para evitar a prisão. Neste caso, o Código prevê o crime de resistência e pune o autor independente do crime anterior.

Assim, fica o acusado condenado exclusivamente pelo crime do 157 § 2º, II e § 2º-A, I, do Código Penal.

Enfrento o processo dosimétrico respectivo.

Não se controverte que o juiz possui manifesta discricionariedade no calibre da pena base, devendo fundamentar eventual acréscimo naquele primeiro momento de acordo com as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal.

No caso concreto, a pena-base do acusado foi fixada acima do mínimo legal, em **04 anos e 06 meses de reclusão e multa de 15 dias**. A magistrada sentenciante justificou o aumento na violência exacerbada empregada pelo acusado contra a vítima, ao desferir golpes com a coronha da arma de fogo contra sua cabeça, modus operandi que ultrapassa o tipo penal, o que foi objeto de reclamo por parte da defesa.

No caso presente, penso que o aumento da pena base foi devidamente fundamentado pela magistrada de primeiro grau, mostrando-se adequada às circunstâncias concretas do delito e proporcional à sua gravidade. Assim, ausente qualquer desproporcionalidade ou ilegalidade a justificar sua revisão, mantenho o quantum fixado na sentença.

Na fase intermediária, reconheceu a agravante da reincidência (FAC, anotação 01, id. 258909468, com trânsito em julgado em 04/02/2020), e operou o aumento de **06 meses**, alcançando a pena o patamar de **05 anos de reclusão e multa de 20 dias**.

Na terceira etapa, a magistrada operou duplo aumento, primeiro de 1/3 por força da majorante do

concurso de agentes, e, depois, em cascata, de 2/3 em razão da causa de aumento pelo emprego de arma, e acomodou a pena do roubo o patamar de **11 anos, 01 mês e 10 dias de reclusão e multa de 43 dias.**

Como dito anteriormente, na terceira etapa do processo dosimétrico, a magistrada operou o duplo aumento em cascata.

Tenho decidido como regra, que, apesar de a norma do parágrafo único do artigo 68 do Código Penal constar a expressão “pode”, deveria ela ser lida como “deve”, sem prejuízo de as causas de aumento não reconhecidas ser consideradas como circunstância judicial desfavorável na primeira etapa.

Também tenho decidido que o Tribunal, ainda que em recurso exclusivo da defesa, entendendo de operar um único aumento na terceira fase, fica autorizado a incrementar a pena base, desde, obviamente, que, ao final, a pena não supere aquela estabelecida na sentença atacada exclusivamente pela defesa.

Transcrevo o que tenho decidido sobre o tema:

Os apelantes foram denunciados, processados e condenados pela prática do injusto do artigo 157 § 2º, II e § 2º-A, do Código Penal, além de outros, certo que a divergência nesse voto se restringiu ao processo dosimétrico relativo ao crime de roubo. A pena do crime de roubo ficou acomodada em 08 anos e 10 meses de reclusão em regime fechado e multa de 20 dias.

Ousei em parte divergir da douda maioria, mais precisamente com relação à terceira etapa do processo dosimétrico, porquanto entendo que o duplo aumento operado sem qualquer fundamentação concreta viola a proporcionalidade e também o disposto no parágrafo único do artigo 68 do Código Penal.

De início, peço vênia para transcrever ementa de minha lavra que trata da mesma questão relativa ao processo dosimétrico em exame:

Na forma ditada pelo parágrafo único do artigo 68 do Código Penal, “no concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua”. Inobstante ter sido utilizada a expressão “pode”, a doutrina amplamente majoritária tem entendido que o verbo poder encerra, na verdade, um dever, e não uma simples faculdade judicial, certo, ainda, que, da mesma forma, a doutrina e a jurisprudência, praticamente à unanimidade, têm entendido que a mesma ideia deve ser adotada quando da dosimetria da pena relativa a crime definido em lei especial, isso, evidentemente, quando estiverem presentes duas ou mais causas especiais de aumento de pena. Na hipótese concreta, sem observar o que foi acima destacado, o juiz, na terceira fase, operou dois aumentos distintos, o primeiro em razão do emprego de arma de fogo pela organização, e, o segundo, em razão do envolvimento de um adolescente no grupo criminoso. Recurso provido para cassar um dos aumentos, o menor deles.

No caso concreto, com relação ao crime de roubo, a pena base de cada um dos acusados não se afastou do mínimo legal de 04 anos de reclusão e multa de 10 dias, sendo mantida na fase intermediária apesar de presente a atenuante da menoridade para um deles, tudo de acordo com a orientação contida no enunciado da súmula 231 do STJ.

Na terceira etapa do processo trifásico ditado pelo artigo 68 do Código Penal, o juiz, inicialmente, operou o aumento de 1/3 em razão da majorante relativa ao concurso de duas ou mais pessoas (§ 2º, II, do artigo 157) e, depois, de 2/3, por força do emprego de arma de fogo (§ 2º-A, I, do artigo 157).

Apresento a fundamentação do juiz: **“Reconheci na fundamentação e no dispositivo a majorante do concurso de agentes, dessa forma, em atenção à redação dada pela Lei 13654/18, promovo o aumento de 1/3, alçando a pena o patamar de 05 anos e 04 meses de reclusão e multa de 13 dias, à razão unitária mínima. Reconheci também o emprego de arma de fogo. Dessa forma, promovo o aumento de 2/3, alcançando a pena de 08 anos e 10 meses de reclusão e 20 dias multa à razão unitária mínima, tornando-a definitiva”.**

Vê-se que não houve fundamentação concreta, tendo o juiz apenas se referido à presença de duas causas de aumento de pena.

Não houve qualquer outra fundamentação.

Como já destacado anteriormente, as majorantes efetivamente ficaram demonstradas no curso da instrução.

Todavia, ousou divergir tecnicamente da forma adotada pelo juiz sentenciante, eis que, a meu sentir, não foi observado o que dispõe o artigo 68, parágrafo único, do Código Penal, **bem como o juiz não fundamentou concretamente porque operou dois aumentos, mesmo que se admita isso possível, reclamando a jurisprudência do STJ, porém, fundamentação concreta, como, aliás, sempre exigiu na forma da súmula 443.** Neste sentido: HC 472771 – 5ª Turma – Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Explico.

Diz o parágrafo único do artigo 68 do Código Penal:

“no concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua”.

Inobstante ter sido utilizada a expressão “pode”, a doutrina amplamente majoritária tem entendido que o verbo poder encerra, na verdade, um dever, e não uma simples faculdade judicial. **Neste sentido:** Damásio de Jesus, Jose Antonio Paganella Boschi e Ricardo Schmitt e outros.

Transcrevo:

“no concurso de causas de aumento e diminuição da parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou diminuição, prevalecendo a que mais aumente ou mais diminua, nos termos do artigo 68, parágrafo único, do Código Penal.

Embora a lei trate como faculdade, na prática a escolha de apenas uma causa de aumento ou diminuição é tida como regra/dever, para evitar exacerbação exagerada da pena ou, ainda, decréscimo tamanho que a torne ineficaz”. (Manual de Direito Penal – Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini – Saraiva – 2ª edição – p. 578)

Da mesma forma, a doutrina e a jurisprudência, praticamente à unanimidade, têm entendido que a

mesma ideia deve ser adotada quando da dosimetria da pena relativa a crime definido em lei especial, isso, evidentemente, quando estiverem presentes duas ou mais causas especiais de aumento de pena.

Nesse sentido, transcrevo:

“essa fórmula deve presidir, a nosso ver, a dosimetria da pena relativa a crime definido em lei especial, quando, na hipótese, estiverem presentes duas ou mais causas especiais de aumento ou diminuição em concurso”. (Paganella Boschi – Das Penas e de seus critérios de aplicação – 4ª edição – p. 331)

“contudo, admite-se também sua aplicabilidade caso ambas as causas que estejam em concurso entre si tenham previsão em lei penal extravagante, pois ao se referir à parte especial, o dispositivo em debate está, igualmente, abrangendo as leis penais especiais, além da parte especial do Código Penal. Este é o atual entendimento jurisprudencial predominante”. (Ricardo Schmitt – Sentença Penal Condenatória, Teoria e Prática – 8ª edição – p. 259)

Penso que mesmo que se admita como possível a incidência de duas causas de aumento, evidente que essa dupla operação reclama fundamentação concreta.

Ora, antes da mudança da lei, cinco eram as majorantes do § 2º do artigo 157 do Código Penal. Já naquela oportunidade, o STJ editou a súmula 443 dispondo que “o aumento na terceira fase da aplicação da pena do crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para sua exasperação a mera indicação do número de majorantes”.

No caso concreto, o juiz reconheceu a presença de duas causas de aumento de pena, tendo aplicado ambas, deixando, porém, de apresentar fundamentação concreta, porquanto apenas se referiu a presença de ambas, o que, por si só, a meu sentir, já justificaria a reforma do processo dosimétrico respectivo.

Esclareço que, além da falta de fundamentação, adoto como regra que um único aumento é recomendado pelo parágrafo único do artigo 68 do Código Penal, até porque seria dispensável a existência do parágrafo único se o aumento em cascata não fosse excepcional.

Considerando que o aumento de 2/3 pelo emprego de arma foi o maior adotado, deve este ser mantido, decotado, porém, aquele de 1/3 em razão do concurso de duas ou mais pessoas.

Acrescento, por oportuno, que, a meu sentir, tal majorante poderia ser deslocada para a primeira etapa e ser considerada como circunstância judicial desfavorável, porquanto mais reprovável ou circunstancialmente mais grave o roubo praticado por mais de uma pessoa.

A maior reprovabilidade e a circunstância especial da infração autorizam, em tese, o incremento da pena base, o que poderia ter sido feito pelo juiz no caso concreto, evidentemente com observância da razoabilidade, não podendo o aumento naquele primeiro momento ser superior ao quantum previsto para a majorante se reconhecida na última etapa.

Apesar de tratar-se de recurso exclusivo da defesa, penso que pode o Tribunal promover tal alteração, desde que evidentemente a pena final fique acomodada em patamar inferior ao quantum estabelecido na sentença guerreada.

Porém, no caso concreto, em razão da total falta de fundamentação do juiz na sentença, deixou de promover também o aumento na pena base.

Assim, opero um único aumento na terceira fase e reduzo a pena de roubo de cada um dos acusados para 06 anos e 08 meses de reclusão e multa de 16 dias, mantido o regime fechado.

Com a devida vênia daqueles que pensam diferente, o entendimento ora adotado nesse voto se aperfeiçoa com a regra da razoabilidade, mostrando-se desproporcional o aumento em cascata aplicado pelo juiz na sentença guerreada e mantido pela douta maioria.

Neste sentido, aliás, tem sido o entendimento de outras Câmaras deste Tribunal (AP 0104765-87.2018.8.19.0001 – 8ª Câmara Criminal – Relatora Desembargadora Adriana Moutinho)

Resumindo o que foi acima destacado, transcrevo voto do STJ sobre a questão admitindo a dupla majoração (contra o meu entendimento), mas exigindo fundamentação concreta:

“Assim, não há ilegalidade flagrante, em tese, na cumulação de causas de aumento da parte especial do Código Penal, ...

Contudo, na hipótese ora analisada, as instâncias ordinárias, como se percebe, de plano, da leitura dos excertos acima colacionados, não fundamentaram, concretamente, as frações de aumento conforme

aplicadas, pois o modus operandi do delito, como narrado, confunde-se com a mera descrição típica das majorantes reconhecidas, não refletindo especial gravidade.

Assim, respeitada a proporcionalidade da pena no caso presente, e a intenção da Lei 13654/2018, afasta-se a majorante do artigo 157 § 2º, inciso II, (...), aplicando-se apenas a do artigo 157 § 2º-A, inciso I (...), ambas do Código Penal". (HC472771)

Desta forma e com tais fundamentos, votei no sentido de prover em parte os apelos, para refazer o processo dosimétrico do crime de roubo e reduzir a pena dos acusados com relação a essa infração para 06 anos e 08 meses de reclusão e multa de 16 dias, ficando mantidos os demais termos da sentença.

Com efeito, **no caso concreto**, como se vê do processo dosimétrico respectivo, a juíza justificou o duplo aumento na gravidade de ter sido empregada uma arma de fogo como forma de ameaça e na **quantidade de agentes** que participaram da ação criminosa, esquecendo que apenas dois agentes atuaram na empreitada criminosa respectiva.

Desta forma, **na linha do posicionamento acima destacado, considero o concurso de agentes como circunstância judicial desfavorável**, e opero o aumento de **06 meses de reclusão**, acomodando a pena base em **05 anos de reclusão e multa de 15 dias**.

Na fase intermediária, mantido o aumento operado pela juíza com relação à reincidência, fica a pena do roubo estabelecida em **05 anos e 06 meses de reclusão e multa de 20 dias**.

Depois, na terceira etapa, em razão da majorante do emprego de arma de fogo, opero o aumento de 2/3, ficando a pena final acomodada em **09 anos e 02 meses de reclusão e multa de 33 dias**.

Pretende a defesa o abrandamento do regime prisional, o que não se mostra possível.

Com efeito, tratando-se de roubo praticado com emprego de arma de fogo, o que torna a conduta criminosa mais reprovável, o que não pode ser desconsiderado na escolha da qualidade da pena (regime), sem esquecer as circunstâncias judiciais desfavoráveis, em especial a condição de reincidente do acusado e o quantum final da pena, fica mantido o regime fechado.

Mais uma vez peço vênia para transcrever o que penso sobre a escolha do regime de pena quando há emprego de arma de fogo no delito de roubo:

“O regime de pena deve ser fixado de acordo com as circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, observada, ainda, a orientação do artigo 33 do mesmo diploma legal. Não se trata, porém, de uma regra absoluta, devendo o Juiz quando do calibre da pena buscar aquela que se apresenta justa e necessária à prevenção e reprovação do crime, não só com relação ao seu quantitativo, **mas, também, quanto a sua qualidade**. Penso que a súmula 440 do STJ não é de aplicação absoluta, devendo ser examinado caso a caso. Entendo que aquele que emprega arma de fogo para subtrair os pertences da vítima, em regra, atua com extrema ousadia e periculosidade, o que torna a **circunstância** da infração mais grave, além de mais **reprovável o comportamento**, sendo o regime fechado o adequado por ser aquele comportamento indicativo, a princípio, de maior reprovação. Irrelevante que a pena base tenha sido fixada no mínimo. Na verdade, um dos elementos do artigo 59 do Código Penal é a **circunstância** da infração, não tendo sido considerado o emprego de arma na primeira etapa, de acordo com aquele dispositivo legal, também importante na escolha do regime, **porque caracteriza a forma majorada que tem o seu momento próprio para ser reconhecida, ou seja, na terceira etapa**. O mesmo ocorre com os motivos do crime. Eventual motivação torpe ou fútil deverá ser considerada na fase intermediária. Inobstante o seu reconhecimento, o que torna a conduta mais reprovável, se ausente outra circunstância desfavorável, a pena base não se afastará do mínimo legal. Todavia, quando da escolha do regime de pena

(qualidade), aquela torpeza ou futilidade da motivação, deve ser considerada e autoriza a aplicação da forma mais gravosa. **Na individualização do calibre da pena, o Juiz tem que observar três etapas em sequência; no momento da escolha do regime, ele o faz considerando todas as circunstâncias em uma única etapa.** Em síntese, para afastar qualquer ideia equivocada de eventual contradição, **o artigo 59 do Código Penal deve ser analisado de uma forma quando da escolha da pena base e com outros olhos quando da escolha do regime de pena**, considerando circunstâncias relevantes que não puderam ser observadas no calibre da pena base porque incidentes em outros momentos do sistema trifásico ditado pelo artigo 68 do Código Penal”.

...

Não desconheço o teor das súmulas 440 do Superior Tribunal de Justiça, 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, sempre na linha de que a gravidade em abstrato do crime, por si só, não autoriza o regime mais gravoso do que o permitido pela pena aplicada, mormente quando na primeira fase a pena base não se afastou do mínimo legal.

Ouso questionar, no caso concreto, aquele entendimento dos Tribunais Superiores, **apresentando fundamentação jurídica concreta a autorizar a manutenção do regime mais gravoso.**

Com efeito, sempre destaquei que aquele que emprega arma de fogo para subtrair os pertences da vítima atua com extrema ousadia e **periculosidade**, estando disposto a “matar ou morrer”, o que torna a **circunstância** da infração mais grave, como também maior é a **reprovabilidade** daquele agir, sendo o regime fechado o adequado.

Considerando o teor das súmulas referidas, passo a justificar juridicamente a escolha pelo regime fechado na hipótese, apesar de a pena base ter ficado no mínimo legal.

Com efeito, são elementos modeladores da pena base a **culpabilidade** e a **circunstância da infração**. O roubo com emprego de arma é **mais reprovável** e **circunstancialmente mais grave** (alguns chamam de roubo circunstanciado).

Todavia, aquela circunstância real e concreta, do emprego de arma de fogo, **não pôde ser considerada na primeira etapa**, também importante na escolha do regime, **porque tipifica a forma majorada que tem o**

seu momento próprio para ser reconhecida, ou seja, na terceira etapa.

Ora, na forma disciplinada pelo artigo 59 do Código Penal, a pena base é fixada de acordo com os elementos lá referidos (“culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias, conseqüências, comportamento da vítima”), sendo que o regime também é fixado com a observância dos mesmos elementos, observada a orientação quantitativa do artigo 33 daquele diploma legal.

A princípio, sendo a pena base estabelecida no mínimo, tais elementos modeladores seriam (mas não são) integralmente favoráveis ao réu, sendo, por coerência, também favoráveis quando da escolha do regime.

Esta foi à regra seguida pelas súmulas. Penso, porém, que não se trata de regra absoluta.

De efeito, **algumas circunstâncias que seriam desfavoráveis ao acusado não puderam ser consideradas na primeira etapa da apenação**, porque o artigo 68 do Código Penal determina que sejam observadas em outro momento. Assim, tais circunstâncias não foram consideradas na primeira etapa para se evitar o bis in idem.

Exemplificando: o réu reincidente evidentemente tem maus antecedentes. Aquela condenação, todavia, por força da súmula 241 do STJ, não pode ser considerada para efeitos dos maus antecedentes, o que permite que a pena base seja estabelecida no mínimo legal. Todavia, o regime adequado é o fechado, isto porque, **quando se examina o artigo 59 para efeito de ser ditada a qualidade da pena**, aquela condenação que caracteriza a reincidência é considerada para efeitos de maus antecedentes.

Outro exemplo: o motivo do crime autoriza o incremento da pena base.

Todavia, **apesar de reconhecido o motivo mais reprovável**, a pena base ficará no mínimo, porque a futilidade na motivação deve ser observada na etapa intermediária. Mesmo assim, na hipótese, não poderá ser dito que as circunstâncias judiciais eram favoráveis ao acusado.

O mesmo ocorre com relação ao emprego de arma. Tal circunstância torna a infração mais grave (é também chamado de roubo circunstanciado), mais reprovável (maior culpabilidade), o que estaria a permitir que a pena base se afastasse do mínimo legal.

Todavia, a pena base inicialmente pode ter ficado no mínimo, isto em razão daquela circunstância, também referida no artigo 59 do CP, ser observada como causa de aumento de pena. Ora, caso o Juiz a considerasse nos dois momentos, incidiria na vedação do bis in idem.

No momento da escolha do regime (qualidade da pena), porém, quando o artigo 59 do Código Penal é reexaminado, pode o Juiz considerar aquela circunstância (emprego de arma) para a escolha do regime mais gravoso.

Em síntese: o artigo 59 do Código Penal deve ser examinado de uma forma quando da escolha da quantidade da pena base e, de outra forma, quando da escolha da qualidade da pena.

Assevero que o Superior Tribunal de Justiça também tem admitido o regime fechado em razão da gravidade em concreto do delito de roubo, como se vê da decisão abaixo transcrita:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. CONCURSO DE AGENTES E RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DAS VÍTIMAS. 1. APREENSÃO E PERICIA DA ARMA. PRESCINDIBILIDADE PARA A INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO ARTIGO 157 § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL. 2. EXASPERAÇÃO DA PENA NA FRAÇÃO DE ½. NÃO INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO DA SÚMULA 443 DESTA CORTE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ELEVADO NÚMERO DE AGENTES. 3. RECONHECIMENTO DE CRIME CONTINUADO. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. 4. **REGIME FECHADO DEVIDAMENTE MOTIVADO NA MECÂNICA DELITIVA.**

“Impossibilidade de fixação do regime intermediário para início de desconto da pena se a opção pelo regime fechado não se deu com base na gravidade abstrata do delito, mas, ao contrário, com fulcro nas especificidades da causa que, por sua vez, exigem maior rigor no apenamento, **bem como na mecânica delitiva do crime**, notadamente diante do **emprego de arma de fogo e do concurso de pessoas**, circunstâncias que evidenciam a acentuada periculosidade do paciente.” (HC 121.438 – STJ – 5ª turma – Relator Ministro Marco Aurelio Bellizze – unânime – j. 01/12/2011)

Desta forma, no caso concreto, tendo sido empregada mais de uma arma de fogo como forma de ameaça, sem esquecer o número de agentes que participou da ação

criminosa, evidente a maior reprovabilidade da conduta a justificar a fixação de regime mais gravoso, certo, ainda, que, como acima destacado, tendo sido deslocadas as majorantes do § 2º para a primeira fase, tudo de acordo com o parágrafo único do artigo 68 do Código Penal, na verdade, na hipótese, a pena base não ficou acomodada no mínimo legal.

Mantenho, pois, o regime fechado.

Por fim, deixo de aplicar a detração pugnada pela defesa do acusado, porquanto incapaz, no caso concreto, de alterar o regime de pena aplicado, sem prejuízo de tal questão ser decidida pelo juiz da execução, por expressa previsão do artigo 66, inciso III, "c", da Lei 7.210/84.

Pelo exposto, dirijo meu voto no sentido de dar parcial provimento ao apelo defensivo para absolver o acusado da prática do injusto do artigo 330, caput, do Código Penal, ficando a pena final acomodada em **09 anos e 02 meses de reclusão e multa de 33 dias**, mantidos os demais termos da sentença. É como voto.

Rio de Janeiro, na data da sessão de julgamento.

**DESEMBARGADOR MARCUS BASILIO
RELATOR**

