

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 455.209 - SP (2013/0418390-5)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
AGRAVANTE : RAFAEL ANTÔNIO MARTINS ARAYA
ADVOGADO : JUVENAL FERREIRA PERESTRELO E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. VIOLAÇÃO DO ART. 386, IV, DO CPP. INVERSÃO DO JULGADO. REEXAME DO ARCABOUÇO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 2. OFENSA AO ART. 14, II, DO CP. **ROUBO TENTADO. NÃO VERIFICAÇÃO.** DESNECESSIDADE DE POSSE MANSO E PACÍFICA. **SIMPLES INVERSÃO DA POSSE.** TEORIA DA AMOTIO. 3. VIOLAÇÃO DO ART. 65, I, DO CP. MENORIDADE. PLEITO DE COMPENSAÇÃO COM CAUSA DE AUMENTO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL OU JURISPRUDENCIAL. 4. CONTRARIEDADE AO ART. 33, § 2º, B, DO CP. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DO DELITO. 4. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Emanando a condenação do agravante do exame das provas carreadas aos autos, não pode esta Corte Superior proceder à alteração da conclusão firmada nas instâncias ordinárias sem revolver o acervo fático-probatório, providência incabível na via do recurso especial, consoante o óbice contido no enunciado n. 7 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça

2. **Tendo o Tribunal local concluído que o crime se consumou porque, "após a grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, já haviam retirado a res furtiva da vigilância dos ofendidos e tiveram a posse do bem, pouco importando o tempo de duração da disponibilidade da mesma", verifico não ser possível se falar em tentativa.**

3. A atenuante da menoridade é aferida na segunda fase da dosimetria da pena e as causas de aumento se verificam na terceira fase, mostrando-se, portanto, inviável a compensação pleiteada. Ademais, não há no Código Penal previsão de compensação entre institutos da segunda fase com os da terceira fase.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de maio de 2014 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 455.209 - SP (2013/0418390-5)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de agravo regimental interposto por Rafael Antônio Martins Araya contra decisão monocrática, da minha lavra, que negou provimento ao agravo em recurso especial, nos seguintes termos:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. VIOLAÇÃO DO ART. 386, IV, DO CPP. INVERSÃO DO JULGADO. REEXAME DO ARCABOUÇO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 2. OFENSA AO ART. 14, II, DO CP. ROUBO TENTADO. NÃO VERIFICAÇÃO. DESNECESSIDADE DE POSSE MANSO E PACÍFICA. SIMPLES INVERSÃO DA POSSE. TEORIA DA **AMOTIO**. 3. VIOLAÇÃO DO ART. 65, I, DO CP. MENORIDADE. PLEITO DE COMPENSAÇÃO COM CAUSA DE AUMENTO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL OU JURISPRUDENCIAL. 4. CONTRARIEDADE AO ART. 33, § 2º, **B**, DO CP. INOCORRÊNCIA. REGIME MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DO DELITO. 4. AGRAVO IMPROVIDO.

O agravante sustenta, em síntese, que sua condenação não se embasou em provas suficientes da autoria, porquanto não foi reconhecido pelas vítimas e nada foi encontrado em seu poder, devendo, portanto, ser superada a aplicação do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte. Assevera, no mais, que nenhum bem saiu da esfera da vigilância das vítimas, razão pela qual não há se falar em roubo consumado.

No que se refere à compensação entre atenuante e causa de aumento, afirma que o juízo *a quo* o fez, porém de forma irrisória, motivo pelo qual pede que a atenuante seja fixada em patamar maior. Por fim, aduz ser imperativo o estabelecimento de regime mais brando para cumprimento da reprimenda.

É o relatório.

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 455.209 - SP (2013/0418390-5)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

A insurgência não merece prosperar.

Com efeito, conforme explicitado na decisão agravada, quanto ao argumento de ausência de provas, verifica-se que o Tribunal local manteve o decreto condenatório por entender que a autoria ficou devidamente comprovada pelas provas produzidas nos autos.

A propósito (fls. 394/395):

As vítimas Pedro de Campos Pereira e Erick Santos da Silva, também durante a lavratura do auto de prisão em flagrante, confirmaram que no curso da empreitada criminosa foram lesionadas em decorrência de agressões físicas perpetradas por um dos assaltantes (fls. 10 e 27).

A testemunha Maria Aparecida Garcia Kawashimo, ouvida em declarações na fase inquisitorial, confirmou que teve o seu veículo subtraído pelos acusados Vando e Rafael, a quem reconheceu como os autores desse crime (fls. 90).

Em Juízo, apenas a vítima Erick Santos da Silva foi ouvida e ratificou a versão fornecida na polícia, mas não efetuou reconhecimento positivo dos (fls. 196).

Todavia, os policiais militares Evandro Tadeu Pereira de Souza e Waldiney de Oliveira Santoro, responsáveis pela diligência e prisão, fizeram ruir as negativas de autoria engendradas pelos apelantes.

Narraram, em resumo, que foram acionados, via Copom, sobre um crime de roubo em andamento no local dos fatos, para onde, então, rumaram.

Lá chegando, logo se depararam com o menor Breno no estacionamento do prédio e o dominaram, pois estava desarmado.

Ato contínuo, ingressaram na empresa. Por uma porta saiu o apelante Rafael, o qual conseguiu fugir, além de dois menores, sendo certo que um deles se rendeu e o outro fez menção de atirar, o que provocou reação imediata, mas sem que o disparo o atingisse. Logo depois dos menores serem contidos, pela mesma porta surgiu o acusado Vando, também armado, fazendo menção de atirar, razão pela qual foi alvejado por um disparo que provocou um ferimento na sua mão. Relataram, igualmente, que outros policiais conseguiram prender o acusado Rafael quando tentava fugir pelo muro. O miliciano Waldiney esclareceu, ainda, que os meliantes admitiram que estavam no local dos fatos com a finalidade de subtrair os bens das vítimas (fls. 197 e

198).

Diante desses fatos, não há que se falar em absolvição, uma vez que restaram demonstradas a materialidade e a autoria do crime de roubo, principalmente se consideradas as declarações das vítimas e os depoimentos prestados pelos policiais militares responsáveis pelas diligências que culminaram na prisão dos acusados, elementos probatórios estes que constituem, de maneira indubitável, fortes fatores de formação de convicção.

Inexistiu nos autos quaisquer indícios de prova que pudessem macular as declarações das vítimas.

Como se sabe, em se tratando de crime de roubo, as palavras das vítimas se revestem de suma importância para o deslinde do feito. Suas declarações, inclusive, devem merecer todo o crédito, posto que não teriam elas proveito algum em mentir, constituindo, no caso vertente, a mais relevante contribuição para a solução da demanda.

Ademais e no caso específico dos autos, a condenação dos acusados não foi amparada somente nas declarações das vítimas, porquanto reforçada pelos depoimentos prestados pelos policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante.

Assim, emanando a condenação do agravante do exame das provas carreadas aos autos, não pode esta Corte Superior proceder à alteração da conclusão firmada nas instâncias ordinárias sem revolver o acervo fático-probatório, providência incabível na via do recurso especial, consoante o óbice contido no enunciado n. 7 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial."

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. RECONHECIMENTO PESSOAL. INOBSERVÂNCIA DO PRECEITO LEGAL. NULIDADE RELATIVA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA. DECRETO CONDENATÓRIO FUNDAMENTADO EM OUTROS ELEMENTOS DE PROVAS. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ. 1. O Tribunal de origem, soberano na análise das circunstâncias fáticas da causa, entendeu que os agravantes são os autores do delito levando em consideração as provas constantes dos autos, sobretudo, as confissões judiciais dos réus. 2. (...). 3. Induvidoso que o pedido de absolvição por falta de provas implicaria incursão em matéria probatória, medida defesa em sede de recurso especial, a teor da Súmula 7 desta Corte. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 365.072/DF, Relator Ministro **OG FERNANDES**, DJe 04/10/2013)

Em relação ao argumento de que o roubo não teria se consumado, reitero que existem quatro teorias sobre o momento consumativo:

a) **contrectatio**: a consumação se dá com o simples contato entre o

Superior Tribunal de Justiça

agente e a coisa alheia;

b) **apprehensio ou amotio**: a consumação ocorre quando a coisa passa para o poder do agente - inversão da posse;

c) **ablatio**: o crime se consuma quando a coisa, além de apreendida, é transportada de um lugar para o outro - nesse caso, se exige a posse mansa e pacífica;

d) **illatio**: há consumação quando a coisa é levada ao local desejado pelo ladrão para tê-la a salvo.

Os tribunais superiores firmaram o entendimento no sentido de que para a consumação do delito de roubo, assim como no de furto, não é necessária a posse mansa e pacífica do bem subtraído, sendo suficiente a inversão da posse, adotando-se, portanto, a teoria da *apprehensio* ou *amotio*.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NOMEAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO PARA APRESENTAR CONTRARRAZÕES AO RECURSO ESPECIAL. ADVOGADO CONSTITUÍDO QUE SE QUEDOU INERTE. ARGUIDA NULIDADE. IMPROCEDÊNCIA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO À DEFESA. CRIME DE ROUBO. POSSE TRANQUILA. DESNECESSIDADE PARA A CONSUMAÇÃO DO DELITO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. (...). 3. No que se refere à consumação do crime de roubo, esta Corte e o Supremo Tribunal Federal adotam a teoria da **apprehensio**, também denominada de **amotio**, segundo a qual considera-se consumado o mencionado delito no momento em que o agente obtém a posse da **res furtiva**, ainda que não seja mansa e pacífica e/ou haja perseguição policial, sendo prescindível que o objeto do crime saia da esfera de vigilância da vítima. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1290118/SP, Relatora a Ministra LAURITA VAZ, DJe 2/4/2013).

Assim, tendo o Tribunal local concluído que o crime se consumou porque "após a grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, já haviam retirado a *res furtiva* da vigilância dos ofendidos e tiveram a posse do bem, pouco importando o tempo de duração da disponibilidade da mesma", verifico não ser possível se falar em tentativa.

Observa-se, dessa forma, que o entendimento proferido pelo Tribunal local, no que se refere à consumação do delito, encontra-se em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior.

Confira-se:

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ART. 157 DO CP. ROUBO. DESNECESSIDADE DA POSSE TRANQUILA DA RES. CONSUMAÇÃO DO DELITO.

1. Na via especial, a discussão acerca da classificação jurídica dos fatos dispostos nos autos mitiga a incidência da Súmula 7/STJ. 2. O tipo penal classificado como roubo se consuma no momento, ainda que breve, no qual o agente se torna possuidor da res, não se mostrando necessária a posse tranqüilha, fora da vigilância da vítima. 3. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1410795/SP, Relator o Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**, DJe 06/12/2013)

Encontrando-se o acórdão recorrido em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior, aplica-se, ao caso, o enunciado n. 83 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida."

Ainda que assim não fosse, verifica-se que cabe às instâncias ordinárias, soberanas na análise das provas, perquirir se houve ou não consumação do delito perpetrado, sendo esse ponto inalterável em recurso especial, em razão do óbice do enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. FURTO. MOMENTO CONSUMATIVO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Cabe ao aplicador da lei, nas instâncias ordinárias, realizar uma análise fático-probatória dos autos a fim de analisar se houve a consumação ou não do delito perpetrado, procedimento sabidamente inviável nesta instância especial. Incidência do enunciado nº 7/STJ. 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1360472/RS, Relatora a Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe 01/08/2013)

Em relação à alegada ofensa ao art. 65 do Código Penal, tem-se que não é possível a compensação da menoridade com uma das causas de aumento do roubo. Com efeito, sabe-se que a atenuante da menoridade é aferida na segunda fase da dosimetria da pena e as causas de aumento se verificam na terceira fase, mostrando-se, portanto, inviável a compensação pleiteada. Ademais, não há no Código Penal previsão de compensação entre institutos da segunda fase com os da terceira fase.

Destaque-se, outrossim, que o recurso especial do recorrente pugna apenas

pela compensação, afirmando ter sido "violada a regra do Art. 65 do Código Penal em que deve ser, no mínimo, compensada uma das qualificadoras do crime pela menoridade do acusado". Portanto, o pedido de alteração do patamar de redução revela inovação recursal inviável em agravo regimental.

Por fim, conforme a reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tem-se que a escolha do regime inicial de cumprimento de pena não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* da pena privativa de liberdade aplicada ao acusado. Devem ser consideradas as demais circunstâncias do caso concreto para a escolha do regime que efetivamente se mostre mais adequado à repressão e prevenção do delito.

Ao ensejo:

PROCESSO PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. REGIME FECHADO. PENA DEFINITIVA NÃO SUPERIOR À 8 ANOS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. 1. Segundo a novel orientação desta Corte Superior, ratificada pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não se conhece de habeas corpus impetrado em substituição ao cabível recurso constitucional. 2. A inadequação da via eleita, todavia, não desobriga esta Corte Superior de fazer cessar manifesta ilegalidade que resulte no cerceamento do direito de ir e vir do paciente. 3. Este Superior Tribunal de Justiça, em inúmeros precedentes, assentou o entendimento de que a menção genérica à gravidade do delito, afastada de um contexto que demonstre prejuízo concreto na conduta perpetrada, não serve para justificar a imposição de regime mais severo do que aquele legalmente previsto. 4. Entretanto, in casu, o Tribunal a quo, em decisão fundamentada, considerou as circunstâncias fáticas ensejadoras do regime mais gravoso, inclusive a periculosidade, ousadia, temibilidade e extrema ousadia do apelante que, em parceria, abordou duas vítimas em via pública com emprego de arma, não havendo se cogitar de baixa culpabilidade do agente. Não há falar em ofensa à Súmula n. 440 do STJ. Precedentes. 5. Hipótese em que apesar de ser o paciente primário, possuidor de bons antecedentes, e de ter sua pena-base fixada no mínimo legal, as demais condições previstas no art. 59 do Código Penal revelam-se desfavoráveis, sendo cabível, pelas peculiaridades do caso concreto, a fixação do regime inicial fechado. 6. Writ não conhecido. (HC 264.837/SP, Relatora a Ministra **ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA** (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), DJe 09/09/2013)

No caso dos autos, não obstante a pena ter sido arbitrada em patamar inferior a 8 (oito) anos, as instâncias ordinárias fixaram o regime fechado, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto, em que o recorrido e os outros réus demonstraram

Superior Tribunal de Justiça

periculosidade concreta e efetiva. Por oportuno, transcrevo trechos dos acórdão (fl. 361):

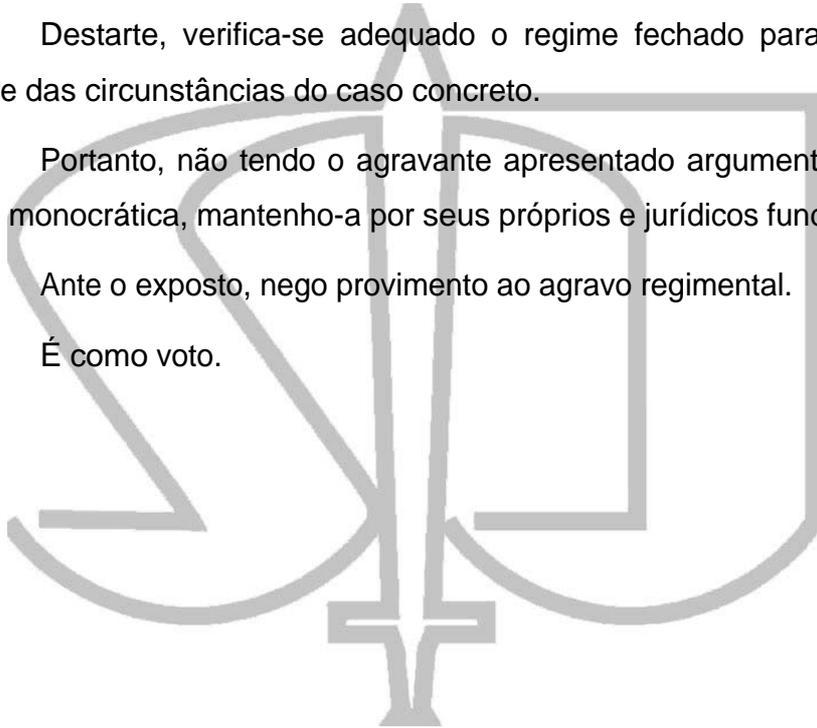
Também é importante esclarecer que não há determinação legal que sempre obrigue a coincidência entre a pena fixada e o regime prisional correspondente. Tanto assim que a Súmula 719, do Colendo Supremo Tribunal Federal, dispõe que, com motivação idônea, é perfeitamente possível a imposição de regime de cumprimento de pena mais severo. E a conduta dos ora apelantes, convém frisar, revelou periculosidade concreta e efetiva, haja vista que praticaram o crime em desfavor de dezenove vítimas, em evidente risco a elas e à coletividade em geral. O que justifica a manutenção, ao menos inicialmente, do regime mais gravoso.

Destarte, verifica-se adequado o regime fechado para o cumprimento da pena, diante das circunstâncias do caso concreto.

Portanto, não tendo o agravante apresentado argumentos aptos à reversão da decisão monocrática, mantenho-a por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2013/0418390-5 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 455.209 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00326852720118260050 050110326857 326852720118260050 50110326857 5532011

EM MESA

JULGADO: 20/05/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : RAFAEL ANTÔNIO MARTINS ARAYA
ADVOGADO : JUVENAL FERREIRA PERESTRELO E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : VANDO CELESTINO DE FRANÇA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : RAFAEL ANTÔNIO MARTINS ARAYA
ADVOGADO : JUVENAL FERREIRA PERESTRELO E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.