



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2020.0000064216

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0002844-27.2015.8.26.0153, da Comarca de Cravinhos, em que é apelante CELSO TEIXEIRA NETO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao recurso do réu. V.U", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ZORZI ROCHA (Presidente) e FARTO SALLES.

São Paulo, 30 de janeiro de 2020

LAURO MENS DE MELLO

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Apelante(s): Celso Teixeira Neto
Apelado(a)(s): Ministério Público
Origem: 2ª Vara da Comarca de Cravinhos
Juiz(a) Prolator(a): Dr. Eduardo Alexandre Young Abrahão
Data do fato: 24/02/2015

LATROCÍNIO – materialidade – boletim de ocorrência e prova oral que indica a tentativa de subtração mediante violência com disparo de arma de fogo e o laudo necroscópico que comprova o resultado morte.

LATROCÍNIO – autoria – depoimento de policiais que indica as diligências e investigações que culminaram com a identificação do acusado – de rigor a condenação – improvimento ao apelo.

PENA – maus antecedentes – base fixada em 1/6 acima do mínimo legal – reincidência – pena exasperada em 1/6 – ausentes causas de aumento e diminuição da pena.

REGIME – fechado – maus antecedentes e reincidência – necessidade de regime mais gravoso para desestimulá-lo da senda do crime – quantum de pena – regime fechado – manutenção.

Ao relatório da r. sentença¹ que ora se adota, acrescenta-se que o apelante foi condenado como incurso no artigo 157, § 3º, II, do Código Penal, às penas de 27 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de 12 dias-multa.

O réu apelou² pedindo a absolvição por insuficiência do conjunto probatório.

Apresentadas contrarrazões³.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou⁴ pelo não provimento ao recurso do réu.

¹ Folhas 340.

² Folhas 381.

³ Folhas 408.

⁴ Folhas 422



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

É o relatório.

O réu Celso foi denunciado⁵ porque, agindo em concurso e com identidade de propósitos, juntamente com mais uma pessoa até o momento não identificada, mediante violência física exercida contra Danilo, mas que por erro no uso dos meios de execução, acabou atingindo Alejandro, quando tentava subtrair, em proveito comum, numerário e bens pertencentes à vítima Danilo, efetuando contra ela disparo de arma de fogo, atingindo Alejandro e resultando-lhe a morte.

Segundo restou apurado, a vítima Danilo conheceu Alejandro por meio das redes sociais e combinaram um encontro romântico. Alejandro, contudo, ajustou-se com o denunciado Celso e com o outro indivíduo ainda não identificado com o propósito de aproveitar a situação do encontro para subtrair bens da vítima. Assim é que, na data combinada, a vítima Danilo foi de carro até o ponto de encontro, onde Alejandro, já imbuído da intenção de roubar, sugeriu que fossem para um local mais tranquilo. Ao chegarem no local sugerido, foram surpreendidos pelo denunciado Celso e pelo outro indivíduo não identificado, os quais se postaram cada um de um lado do carro, e anunciaram o assalto. Os roubadores deram ordem para que a vítima Danilo e Alejandro descessem do carro. O ofendido ficou desesperado e acionou o veículo, sendo que Alejandro tentou, sem sucesso, segurar sua mão para impedi-lo. Neste momento, um dos indivíduos efetuou disparo com a arma de fogo com a intenção de atingir a vítima Danilo, mas, por erro no uso dos meios de execução, acabou por atingir Alejandro.

No mérito.

O laudo necroscópico do comparsa Alejandro⁶, o boletim de ocorrência⁷ e a prova oral, em especial a vítima sobrevivente, que relata a tentativa de subtração mediante grave ameaça e violência exercida com o disparo de arma de fogo, comprovam a materialidade do roubo, seguido de morte.

A autoria também restou comprovada.

⁵ Folhas 122.

⁶ Folhas 22/25.

⁷ Folhas 08/12.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

O acusado, na fase policial⁸, permaneceu silente. Já, em juízo⁹, disse que, na data dos fatos, chegou do trabalho e discutiu seriamente com sua companheira. Trancou-se no quarto e ficou ali. Discutiu novamente com a companheira por causa do barulho da televisão. Depois de cerca de vinte minutos, a vizinha Paula se aproximou e pediu calma para os dois. Disse que sua esposa, após Paula ir embora, foi para a calçada. Viu a esposa conversando com a vizinha Flavia na calçada. Afirmou que estava em sua casa no momento da chegada dos policiais, mas pediu para seus familiares mentirem, pois cumpria pena em regime aberto e sentiu receio de a presença deles ser decorrente da briga com a mulher. Soube apenas no dia seguinte que estava sob suspeita no crime em questão. A esposa foi para outra cidade depois de perder o emprego. Como não devia nada permaneceu na casa sozinho, mas depois seguiu para a cidade de São José do Rio Preto para reatar o relacionamento com a mulher. Nega qualquer participação com os fatos narrados na denúncia. Optou pelo silêncio na delegacia, pois não sabia exatamente do que se tratava. Disse que não conhecia Danilo e tampouco Alejandro.

Assim, o acusado negou a prática do crime de latrocínio.

Contudo, a negativa não convenceu.

O investigador Reinaldo narrou, em juízo¹¹, toda a linha de investigação para apuração dos fatos. Disse que ao tomar conhecimento dos fatos, pediu para verificar o celular da vítima Danilo e também verificou o aparelho de Alejandro. Até aquele momento Alejandro era tratado como uma das vítimas. Encontrou mensagens no celular de Alejandro, dentre elas uma enviada por “Celsinho” para marcar encontro com a vítima e realizarem juntos o assalto. Em contato com familiares de Alejandro, obteve a informação de que havia um morador com esse nome nas proximidades. Suspeitou então que poderia se tratar do réu Celso em razão do envolvimento deste com outros crimes, como tráfico de drogas e tentativa de homicídio. Foi até a casa de Celso e recebeu a

⁸ Folhas 104.

⁹ Mídia digital.

¹¹ Mídia digital.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

informação que ele havia chegado do trabalho, saído em seguida e não tinha voltado até aquele momento. Perguntou o número do telefone celular de Celso e apurou ser o mesmo número que havia enviado a mensagem para Alejandro, combinando a ação criminosa. Tomou conhecimento de que com a prisão do réu na cidade de São José do Rio Preto por tráfico, Celso apresentou-se com o nome do irmão Rogério, mas depois da apreensão de drogas em seu poder, declarou que havia se identificado falsamente porque era procurado pela Justiça em razão de sua participação em latrocínio ocorrido na região de Ribeirão Preto. Não sabe qual foi a versão oferecida pelo réu quando do interrogatório na polícia. Em contato com familiares de Alejandro, confirmou que de fato o réu Celso tinha contato com Alejandro. Afirmou que o tiro foi dado em direção ao motorista, mas o projétil tomou outra direção por causa do banco reclinado do passageiro, aquele ocupado por Alejandro, acertando este último. Informou que a vítima narrara que Alejandro inclinou o banco para trás dizendo que não queria ser visto no carro.

A mensagem extraída do celular pela testemunha de acusação foi destacada em inteiro teor no relatório juntado nas páginas 55/56: *“Salve Tony, um bom dia ae, já vai arrumando esquema com aquele viado liga pra ele e já marca um encontro com para mês pega ele quando eu chegar do trabalho te ligo. As Celsinho vl”*. Naquele documento o policial civil aponta o número da linha telefônica do réu Celso, do qual partiu a mensagem endereçada a Alejandro – 16. 99459.0608.

O militar Fabiano, em juízo¹², disse que foi até o local para apurar o crime de disparo de arma de fogo. Ao chegar lá foi informado pelas pessoas presentes que ouviram estampidos de tiros, bem como um veículo Ecosport, cor prata, partindo em alta velocidade. Logo, recebeu informações via rádio, informando que um veículo Ecosport estava na base policial e nele havia um indivíduo baleado. Fez o acompanhamento do veículo até o pronto socorro. Na Santa Casa, constatou-se que Alejandro veio a óbito. Em contato com a vítima, ela narrou como se deu o encontro com Alejandro em local escuro e a abordagem por dois indivíduos anunciando o roubo. O ofendido ainda informou que percebeu que um dos roubadores fez sinal a Alejandro para que ele não saísse do carro e que Alejandro ainda o impediu de que saísse com o carro, mas que mesmo ante a

¹² Mídia digital.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

conduta de Alejandro, a vítima saiu com o veículo. Narrou que o policial civil constatou mensagem de Alejandro com indivíduo chamado Celso na qual se ajustava o encontro com a vítima para que pudessem efetuar o roubo. Contou que diligenciou até a casa do réu, mas não o encontraram. Não teve contato com o réu.

A vítima Danilo contou, em juízo¹³, que havia marcado um encontro com uma pessoa, que acabou ocorrendo numa rua escura. Foi ao encontro dirigindo seu veículo e se fez acompanhar de dois amigos, que depois de chegar na cidade de Cravinhos, aguardaram-no numa pracinha. Morava em Ribeirão Preto e foi até Cravinhos somente para o encontro. Conheceu a pessoa com quem havia marcado o encontro na rede social facebook. No local ajustado para o encontro, conversava com a pessoa e, cerca de um minuto depois, acabaram abordados por duas pessoas. No susto, ligou o carro e empreendeu fuga do local. Mais à frente percebeu que a pessoa que estava ao seu lado havia sido baleada. Com a ajuda de policiais, o moço foi levado para um hospital. O carro foi revistado e houve a localização do aparelho celular do aludido moço no chão do seu carro e desbloqueado. No mencionado celular, policiais localizaram algumas mensagens que identificaram um dos roubadores. Soube do teor das mensagens pelo jornal. Ao que se recorda uma delas dizia com planejamento do roubo. Esclareceu que, na data dos fatos encontraram-se e surgiram dois indivíduos que anunciaram o assalto. Aqueles dois indivíduos tentaram abrir o carro, mas as portas estavam travadas. Viu arma de fogo, mas logo acelerou o seu carro. Disse que, no momento, não ouviu os tiros, mas afirmou que o seu veículo foi atingido no retrovisor e no vidro. Alejandro estava sentado no banco do passageiro dianteiro e foi atingido por um disparo de arma de fogo nas costas, salvo engano. Contou que a rua estava escura e que não conseguiu visualizar a fisionomia dos dois roubadores. Perguntado se conseguia descrever alguma característica dos roubadores, disse que não e que tudo aconteceu muito rápido. Mostrado o réu, e disse que não podia reconhecê-lo como um dos autores. O moço com quem havia marcado o encontro se chamava Alejandro. Alejandro faleceu no hospital. Soube que a identificação do réu Celso foi apurada com o encontro de mensagem no celular de Alejandro, no qual se combinava o roubo, e a partir do número do celular do outro interlocutor dessa mensagem foi constatado pertencer ao acusado.

¹³ Mídia digital.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Fernando e Gilvanison são os seus amigos, os quais o acompanharam até a cidade de Cravinhos.

A testemunha Fernando, em juízo¹⁴, disse ser amigo da vítima Danilo e acompanhou o ofendido até a Cidade de Cravinhos. Disse que viu o celular de Alejandro depois do encontro do aparelho pelo policial. Não viu a mensagem do celular. Soube pelo policial que houve o encontro de mensagem no qual se planejava o roubo. Disse que não conhecia o réu antes dos fatos e que sequer chegou a vê-lo na data dos fatos.

Assim, visto a prova, a autoria delitiva restou revelada com a apreensão do celular da vítima fatal, é dizer, Alejandro. Segundo Danilo, vítima da subtração, Alejandro teria recebido sinal de um dos roubadores e ainda segurou sua mão impedindo que acionasse o carro para empreender fuga, contudo, sem sucesso.

E, diante dessa narrativa, o investigador Reginaldo verificou o aparelho celular de Alejandro, constatando assim várias mensagens, dentre elas, uma enviada por “Celsinho” para marcar encontro com a vítima e realizarem juntos o assalto. Em contato com familiares de Alejandro, obteve a informação de que havia um morador com esse nome nas proximidades, quando então suspeitou do réu. Como o acusado era conhecido nos meios policiais, resolveu o investigador diligenciar na residência do réu, local onde ele não foi encontrado no momento, contudo, em continuidade da diligência, foi indagado o número do telefone celular de Celso, ao que se apurou ser o mesmo número que enviou a mensagem para Alejandro, combinando a ação criminosa. Se não bastasse isso, familiares de Alejandro ainda confirmaram o laço de amizade do réu com a vítima fatal.

Dessa forma, as investigações realizadas culminaram com a identificação do réu Celso como sendo um dos roubadores.

Quanto ao depoimento dos policiais, destaca-se que, nos termos do artigo 202 do Código de Processo Penal, toda pessoa pode servir de testemunha, sendo que o disposto

¹⁴ Mídia digital.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

no artigo 206 (primeira parte) do mesmo Diploma Legal prevê que a testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor, excluindo-se as hipóteses legais.

Logo, fica claro que todos têm a obrigação de colaborar com a Justiça, funcionando como testemunha, excetuando-se as hipóteses previstas no artigo 206 (segunda parte) e artigo 207, ambos do Código de Processo Penal.

Neste sentido não há porque excluir-se, *ab ovo*, o depoimento prestado por agente público.

Aliás, como servidor público que é, tem na prática dos atos funcionais a presunção de veracidade, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal, como assinala HELY LOPES MEIRELLES¹⁵.

Desta forma os funcionários públicos, gozam de maior presunção de credibilidade que as testemunhas comuns, conforme ressalta FRAMARINO DE MALATESTA¹⁶ ao afirmar que *“não é só por estas considerações que (...) tem um maior valor quando prestada por funcionário público competente que quando por uma testemunha ordinária, mas também pela maior fé que inspira subjetivamente aquele funcionário público como testemunha de segundo grau. Supõe-se que desempenhando um dever de ofício, um funcionário público quererá sempre prestar mais atenção que um particular, munido somente do estímulo da curiosidade; portanto, menor facilidade de engano na testemunha oficial. Sabe-se que, além do senso moral que ordena a verdade de todos, existe no espírito da testemunha oficial o sentimento de um dever particular e uma particular responsabilidade, que se opõem à mentira; por isso menor facilidade de vontade de enganar no funcionário público”*.

Ademais, toda prova tem valor relativo e deve ser sopesada, visto o princípio da persuasão racional do Juiz, inclusive a testemunhal.

Portanto, não se pode excluir o depoimento de agente público tão somente por tal condição, sendo indispensável a análise das circunstâncias objetivas do fato para averiguar-se sua validade.

¹⁵ Direito Administrativo Brasileiro – Ed. Malheiros – 1995.

¹⁶ *Da Lógica das Provas em Matéria Criminal* – Campinas: Bookseller – 1986 – p. 396.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Afirma FRAMARINO DE MALATESTA¹⁷ que *“para a avaliação completa do testemunho não basta considerar aquelas condições pessoais que, mesmo fazendo abstração do depoimento concreto, fazem pensar que a testemunha se engana, ou queira enganar; isto basta, unicamente, do ponto de vista da avaliação subjetiva. Mas, o testemunho, para ser bem avaliado, deve também ser considerado na sua forma e no seu conteúdo... A quem recebe o depoimento, este se apresenta, pois, com formas exteriores mais ou menos variáveis. Ora, como essas formas externas, segundo a sua natureza diversa, aumentam ou diminuem o valor probatório do testemunho, segue-se que cumpre considera-las também, para bem avalia-lo; quer dizer, cumpre considerar as exterioridades nas quais, ou com as quais se desenvolve o testemunho”*.

Por tais motivos o depoimento de agente público só deve ser visto com reservas quando verificar-se a existência de interesse, como por exemplo, para justificar eventual abuso de sua parte.

No caso dos autos não se vislumbra tal hipótese, tanto que as testemunhas que são agentes públicos não foram contraditadas, sendo a prova produzida sob o crivo do contraditório.

Mesmo porque, ainda que ocorrendo a contradita mediante alegação da defesa de abuso por parte do agente público envolvido, caberia àquele que alega a prova do fato, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal.

Mais uma vez nada existe no sentido de afastar a validade do depoimento de agente público.

Concluindo-se, plenamente válido o depoimento de agente público para embasar decreto condenatório quando não demonstrado nos autos sua parcialidade.

Neste diapasão o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

“Esta Corte sedimentou entendimento de que os depoimentos de policiais não impedem a formação do convencimento judicial desde que respeitado o contraditório, não configurando o seu emprego eiva

¹⁷ La logica delle prove in materia criminale – 1895 – v. 2 – p. 59/60.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

processual (Precedentes)''¹⁸.

No mesmo sentido o posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

“É da jurisprudência desta Suprema Corte a absoluta validade, enquanto instrumento de prova, do depoimento em juízo (assegurado o contraditório, portanto) de autoridade policial que presidiu o inquérito policial ou que presenciou o momento do flagrante. Isto porque a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações’’¹⁹.

Foram ouvidas duas testemunhas do acusado.

O réu disse que primeiro foi até o local a vizinha Ana Paula e depois a vizinha Flavia. No entanto, os depoimentos prestados por elas mostram o contrário.

Flavia, testemunha de defesa, afirmou²⁰ ter conversado com a amásia do acusado das 22:00 horas às 23:15 horas, sendo que depois ouviu o casal voltar a discutir. Afirmou que no dia dos fatos, o réu e a companheira dela brigaram e discutiram alto. Esclareceu que saiu para guardar o seu carro às 22:00 horas, quando então encontrou com a esposa do réu na calçada e ali permaneceu conversando até as 23:15 horas, oportunidade em que o réu teria aparecido na calçada. Soube que a data da briga era a mesma data do latrocínio porque conversou com a esposa do réu.

Ana Paula, testemunha de defesa, disse²¹ ser vizinha do acusado. Narrou que o réu discutia com a esposa na data dos fatos. Por causa da discussão, seu filho não conseguia dormir. Em face disso foi conversar com a companheira do réu por volta das 23:30 horas ou meia noite. Na ocasião, acabou conversando com o réu e com a companheira dele.

Assim, as testemunhas Flavia e Ana Paula buscaram confirmar a presença do réu na casa no momento do

¹⁸ STJ - HC 241.728/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura - DJe 14/03/2013

¹⁹ STF - HC 87.662/PE - rel. Min. Carlos Ayres Britto - J. 05/09/2006.

²⁰ Mídia digital.

²¹ Mídia digital.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

roubo, contudo, o réu disse que a companheira conversou primeiro com Ana Paula e depois com a testemunha Flavia, ficando evidenciado o intuito de alteração da dinâmica dos fatos na tentativa de isentar o acusado de responsabilidade criminal, isto porque segundo o depoimento das testemunhas de defesa, primeiro teria a esposa do réu conversado primeiro com Flavia, indicando contradição.

Dessa forma, de rigor é a condenação do acusado pela prática do crime de latrocínio.

A Defesa alega insuficiência do conjunto probatório sob o argumento de que não houve diligência no sentido de verificar se realmente o número do aparelho visualizado no telefone de Alejandro era mesmo do réu, como também sequer foram ouvidos os familiares de Alejandro a fim de que comprovassem de que o réu era de fato o “Celsinho” da mensagem.

Ora, destaca-se, quanto ao ônus de prova, que cabe à acusação a prova dos fatos que ela alega. Produzida prova neste sentido, cumprido está o ônus de prova que lhe era imposto.

Neste caso, existindo alegação da Defesa que se contrapõe à prova de acusação produzida, quer por indicar que os fatos se deram de forma diversa, quer por aduzir a presença de uma excludente, a ela incumbe à demonstração do alegado.

FRAMARINO DE MALATESTA²², neste sentido, afirma que *“o princípio ontológico coloca o ônus de prova a cargo da acusação, quando considera as duas asserções contrárias, do acusados e acusado, antes da produção de provas. Mas, desde o momento em que o acusador reuniu as suas provas para sustentar a sua asserção, se o acusado, em contradição à asserção do acusador, emite simples asserção contrária, não faz mais que contrapor uma asserção não provada a uma provada e como esta tem direito de ser tomada como verdadeira de preferência a não prova, sendo a presunção da verdade, neste segundo momento, a favor do acusador, a obrigação da prova incumbe ao acusado”*.

GUSTAVO BADARÓ²³ reforça tal entendimento ao declarar que o ônus de prova é uma *“posição jurídica na*

²² *A Lógica das Provas em Matéria Criminal* – Campinas: Conan – 1995 – v. I – p. 145-146.

²³ *Ônus da prova no processo penal* – São Paulo: Editora RT – 2003 – p. 173.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito onerado obtenha o resultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico, sendo que a não realização da conduta implica na exclusão de tal benefício, sem, contudo, configurar ato ilícito”.

Este é o caso dos autos onde presente está a prova de acusação e a Defesa nada demonstrou acerca dos argumentos alegados.

Assim, a tese de insuficiência do conjunto probatório apresenta-se desamparada de provas, provas estas que lhe incumbia produzir, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal. Como nada produziu, afasta-se.

ESPÍNOLA FILHO²⁴, que depois de frisar que o juiz pode de ofício, determinar provas, lembra que *“mantém-se, entretanto, e a isso devem as partes dar a devida atenção, no sentido de ser aquela iniciativa do juiz orientada para a apuração do que, no seu entender, se torna necessário ao esclarecimento completo da verdade, quer dirimindo dúvidas ainda não solucionadas, quer suprindo a falta dos elementos indispensáveis”.*

Como complementa o festejado autor, na interpretação do mesmo Dispositivo Legal, *“urge tenham a acusação e a defesa presente ser dever seu a prova das respectivas alegações, sem esperarem venha o juiz, de ofício, a fazer o que não fizeram elas. O descaso poderá trazer-lhe amargas decepções”*²⁵.

Desta feita, importa dizer que se o número do telefone não era do réu, se os familiares de Alejandro ou até mesmo do réu ou ainda até mesmo eventual filmagem de câmera instalada no local pudessem afastar a responsabilidade do réu, caberia à Defesa requerer tais diligências, contudo, nenhuma providência foi tomada.

Assim não pode alegar a defesa que por seu descaso, o fato por ela alegado e não provado deve ser aceito em nome da “busca da verdade real” ou do “princípio da presunção de inocência”.

Portanto, a condenação se impõe.

²⁴ *In*: “Código de Processo Penal Brasileiro Anotado” – edição histórica – Rio de Janeiro: Editora Rio – 1980 – vol. I – p.455.

²⁵ *Ob. Cit.* – p. 455.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

O latrocínio foi reconhecido na forma consumada, com base no artigo 73 do Código Penal.

Os roubadores tentaram atingir a vítima Danilo, mas por erro ou acidente na execução, atingiram o comparsa Alejandro, que acabou falecendo. Assim, consoante o disposto no artigo 73 do Código Penal, o réu responderá pela conduta como se tivesse praticado o crime contra a vítima Danilo.

Assim, de rigor é o reconhecimento da forma consumada.

Passemos à dosimetria da pena.

Na primeira fase, em face dos maus antecedentes²⁶, a base foi fixada em 1/6 acima do mínimo legal, resultando assim em 23 anos e 04 meses de reclusão e no pagamento de 11 dias-multa.

Na segunda fase, reconhecida a agravante da reincidência²⁷, a pena foi exasperada em 1/6, resultando em 27 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão, e no pagamento de 12 dias-multa.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento e diminuição da pena, a reprimenda definitiva resultou em 27 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão, e no pagamento de 12 dias-multa.

O regime fechado se impõe. O réu é portador de maus antecedentes e é reincidente, a indicar a necessidade de regime mais gravoso para desestimulá-lo da senda do crime. Ademais, em face do *quantum* de pena, não há que se falar em regime mais brando.

A Lei nº 12.736/12 incluiu o artigo 387, § 2º do Código de Processo Penal para permitir que o juiz quando da sentença desconte o tempo de prisão provisória, prisão administrativa

²⁶ Folhas 161.

²⁷ Folhas 163.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

ou internação no total de pena imposta, o que se dá unicamente para fins de fixação do regime inicial de pena privativa de liberdade.

Ocorre que referida alteração apenas tem razão de ser quando o regime é fixado unicamente com base no *quantum* da pena imposta sem a influência de qualquer circunstância como as do artigo 59 do Código Penal ou a reincidência.

Ainda que se entenda que o tempo de prisão processual deve ser descontado para a aplicação do artigo 33, §2º, do Código Penal, no caso dos autos o regime foi fixado não em razão do *quantum*, mas pela maior reprovabilidade, com base no artigo 33, §3º, do Código Penal.

No caso em tela, conforme demonstrado, há circunstâncias a influenciarem no regime e que justificam a manutenção de sua espécie mais gravosa, destarte, não tem relevância a aplicação do dispositivo em estudo.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso do réu.

LAURO MENS DE MELLO
Relator
Assinatura Eletrônica