



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000281846

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1522599-48.2023.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes HERBERT GOMES DA SILVA e GABRIEL SOARES CARTI, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por votação unânime, rejeitaram a preliminar arguida e negaram provimento aos recursos Defensivos, nos termos que constarão do acórdão.", de conformidade com o voto do Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AMARO THOMÉ (Presidente sem voto), HERMANN HERSCHANDER E MARCO DE LORENZI.

São Paulo, 20 de março de 2025.

FÁTIMA GOMES
Relatora
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

VOTO Nº 13.021

APELAÇÃO nº 1522599-48.2023.8.26.0228

COMARCA: São Paulo – 21ª Vara Criminal Central

APELANTES: Gabriel Soares Carti e Herbert Gomes da Silva

APELADO: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. PRELIMINAR REJEITADA. RECURSOS DEFENSIVOS NÃO PROVIDOS.

I. Caso em Exame: 1. Gabriel Soares Carti e Herbert Gomes da Silva foram condenados por roubo majorado, com uso de simulacro de arma de fogo, em coautoria com outras pessoas, subtraindo diversos bens de vítimas em um restaurante. A sentença fixou a pena em 08 (oito) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado e o pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa.

II. Questão em Discussão: 2. A questão em discussão consiste em: (i) a nulidade do reconhecimento pessoal sem observância do art. 226 do CPP; (ii) o reconhecimento da participação de menor importância; (iii) a aplicação de atenuantes inominadas; (iv) a fixação da pena-base no mínimo legal; (v) o afastamento do concurso formal ou diminuição da fração aplicada.

III. Razões de Decidir: 3. O art. 226 do CPP é uma recomendação, não obrigatória, e sua inobservância não gera nulidade, especialmente quando o reconhecimento é confirmado em juízo sob contraditório. 4. A participação de menor importância não foi reconhecida, pois os réus aderiram às condutas delitivas. A pena-base foi mantida acima do mínimo devido à gravidade e ousadia do crime. A aplicação de atenuantes inominadas foi rejeitada por falta de fundamento relevante.

IV. Dispositivo e Tese

5. Preliminares rejeitadas. Recursos Defensivos não providos. Tese de julgamento: 1. O art. 226 do CPP não gera nulidade se não observado, desde que o reconhecimento seja confirmado em juízo. 2. A pena-base pode ser fixada acima do mínimo em razão da gravidade e circunstâncias do crime.

Legislação Citada: Código Penal, art. 157, § 2º, II; art. 70; art. 59; art. 66. Código de Processo Penal, art. 226; art. 387, § 2º. Jurisprudência Citada: TJSP, Apelação Criminal nº 0000982-87.2013.8.26.0477, Rel. Des. Carlos Monnerat, j. 09.11.2017. TJSP, Apelação Criminal nº 1500199-27.2019.8.26.0407, Rel. Des. Grassi Neto, j.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

19.11.2020.

Vistos.

Trata-se de recursos de apelação criminal interpostos por **GABRIEL SOARES CARTI e HERBERT GOMES DA SILVA**, contra r. sentença de fls. 302/313, que os declarou incurso no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, por dez vezes, na forma do art. 70 do mesmo Código, condenando-os à pena de 08 (oito) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa, fixados no valor unitário mínimo legal.

Inconformado, recorreu HERBERT GOMES DA SILVA, requerendo preliminarmente, a nulidade do feito, em razão reconhecimento efetuado na fase inquisitiva, sem a observância do disposto no artigo 226 do Código de Processo Penal. No mérito, pleiteou o reconhecimento da participação de menor importância a aplicação de atenuantes inominadas, a fixação da pena base no mínimo legal e o afastamento do concurso formal ou a diminuição da fração aplicada na sentença (fls. 321/345).

Recorreu também, o réu GABRIEL SOARES CARTI, requerendo a fixação da pena base em seu patamar mínimo legal, bem como o afastamento do concurso formal e a fixação de regime menos rigoroso (fls. 422/437).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Os recursos foram recebidos e apresentadas contrarrazões às fls. 441/451.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não provimento dos recursos (fls. 460/465).

Em 17 de maio de 2024, a 14ª Câmara de Direito Criminal, por votação unânime, negou provimento aos recursos (fls. 467/475).

Opostos Embargos de Declaração pela Defesa do acusado HERBERT GOMES DA SILVA, sob a alegação de que, requereu expressamente a realização de sustentação oral, assim como a oposição ao julgamento virtual, ensejando assim a nulidade do v. aresto (fls. 488/490).

Acórdão proferido em 20 de julho de 2024, conheceu e acolheu os embargos de declaração, declarando a nulidade do Aresto embargado (fls. 495/496).

É o relatório.

Consta da denúncia que, no dia 28 de julho de 2023, por volta das 20h10min, nas dependências do restaurante localizado no endereço Rua Marquês de Lages, 530, Vila Moraes, na cidade e Comarca de São Paulo, os apelantes **GABRIEL SOARES CARTI e HERBERT GOMES DA SILVA** em coautoria e unidade de desígnios e propósitos entre si e com ao menos outros dois rapazes não identificados nos autos, mediante grave ameaça, exercida com simulacro de arma de fogo, subtraíram, para proveito comum, dois aparelhos celulares, marca Samsung, modelo S10, avaliados em R\$5.700,00 (cinco mil e setecentos reais) modelo S22, avaliado em R\$3.150,00 (três mil e cento e cinquenta reais) e o veículo CAO A CHERY/TIGGO 5X PRO, placas SBW-0G26, pertencente a F.K. de C.G., uma bolsa, marca Newfeel, avaliada em R\$ 300,00, pertencente a G. de B.S., uma bolsa, marca Victor Hugo, avaliada em R\$800,00 (oitocentos reais), um aparelho celular, marca Samsung, modelo S20, avaliado em R\$ 3.000,00 (três mil reais), pertencentes a M.Y.O., uma carteira, avaliada em quinhentos reais, contendo documentos pessoais e a quantia de cem reais em espécie, um aparelho celular, marca Samsung, modelo A53, avaliado em dois mil reais, pertencentes a M.Y.O. dois aparelhos celulares, marca Samsung, sendo um modelo S22, avaliado em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) e outro modelo A54, avaliado em R\$3.000,00 (três mil reais), uma bolsa, marca Michel Kors, avaliada em um mil reais, contendo uma carteira, avaliada em quatrocentos reais com documentos pessoais, dois óculos de sol, sendo um da marca Ray Ban, avaliado em novecentos reais e outro da marca Tiffany, avaliado em R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais),

pertencentes a E.A.Y.O., a quantia de R\$227,00 (duzentos e vinte e sete reais) em espécie, pertencente a I.C.P.T.; um relógio, marca Xiomi, avaliado em trezentos reais e um cartão bancário Nubank, pertencentes a C.A.R., a quantia de duzentos reais em espécie, pertencente a A.P.P.R.R., uma bolsa, marca Samsonite, avaliada em trezentos reais, uma carteira, marca Guess, avaliada em duzentos reais, a quantia de cinquenta reais em espécie, um aparelho celular, marca Apple, modelo iPhone 12, avaliado em cinco mil reais, um óculos, avaliado em quatro mil reais, tudo pertencente a P.K.G. de F.C., um aparelho celular, marca Apple, modelo Iphone 8 Plus, avaliado em três mil reais, pertencente a V.G. da S..

Ab initio, cumpre consignar, inexistir qualquer nulidade decorrente da inobservância do disposto no artigo 226, do Código de Processo Penal.

Com efeito, o artigo 226 do Código de Processo Penal, dispõe:

“Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se

pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Parágrafo único. O disposto no nº III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento”.

De acordo com o inciso II do referido dispositivo legal, o acusado será colocado, **quando possível**, ao lado de outras pessoas semelhantes para a realização de seu reconhecimento. Assim, tem-se uma recomendação para realização do procedimento, e não uma obrigatoriedade, de forma que sua inobservância não resulta nulidade. Ademais, toda a prova acusatória foi produzida e reproduzida na fase judicial, sob o crivo do contraditório, o que afasta a incidência de qualquer nulidade.

Nesse sentido já decidiu a Colenda 9ª
Câmara de Direito Criminal, em caso análogo:

“APELAÇÃO CRIMINAL. Latrocínio. Sentença condenatória. Objetiva a defesa, em preliminar, a nulidade do reconhecimento pessoal. No mérito requer a absolvição pela fragilidade probatória. Preliminar rejeitada. Ausência de nulidade. O art. 226 do CPP apresenta mera recomendação. Reconhecimento do Réu pelas vítimas na fase judicial. Mérito. Condenação de rigor. Réu reconhecido por testemunhas como um dos coautores. Delação da adolescente acerca da sua participação no delito. Participação de menor importância não evidenciada. Réu que participou ativamente do roubo, bem como não impediu que a vítima fosse alvejada. Dosimetria comporta reparo apenas no tocante à pena de multa, a qual deve guardar proporção com a pena carcerária. Majoração da pena base bem fundamentada. Regime inicial fechado decorre da hediondez do delito e do quantum da pena. Preliminar rejeitada. Recurso provido em parte” (Apelação Criminal nº 0000982-87.2013.8.26.0477,

Rel. Des. Carlos Monnerat, j. em
9/11/2017) - grifei.

No caso concreto, cumpre consignar que o acusado Herbert, na fase policial, foi colocado ao lado de duas pessoas para reconhecimento. Durante a instrução processual, foi reconhecido pessoalmente, por algumas vítimas, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, lembrando-se que, na hipótese de reconhecimento na esfera judicial, prescinde-se, ainda com mais razão, das aludidas formalidades, despiciendas em face da própria transparência e publicidade com que o ato se realiza em juízo, já revestido de todas as garantias para as partes.

Portanto, sob o crivo do contraditório, restou prestigiado o reconhecimento do acusado perpetrado pelas vítimas.

Por outro lado, é cediço que o procedimento previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal, além de se tratar de mera recomendação, sem natureza absoluta, não é previsto para observância em juízo, durante a instrução processual, de modo que, quanto os atos praticados sob o crivo do contraditório, em audiência judicial, também por isto ficam ao desamparo as alegações dos apelantes.

Deve ser exaltado que o fato de não ter sido reconhecido por todas as vítimas, não invalida o ato, sendo certo que no caso concreto, em uma ação que contou com vários agentes e divisão de tarefas era possível realmente que nem todos os ofendidos conseguissem efetuar o reconhecimento do acusado.

De qualquer o modo, o alegado a respeito não tem nenhum condão de alterar o já solidamente concluído quanto à autoria, mesmo porque, como dito e repisado acima, o reconhecimento positivo foi expressamente reiterado em juízo, sob o crivo do contraditório, na presença do magistrado e das partes, com todas as garantias, acrescentando ainda, que o acusado confessou a prática delitiva, não restando, pois, dúvidas acerca da autoria.

Assim, resta afastada a preliminar arguida, anotando-se que a condenação dos apelantes não foi questionada, restando assim que a materialidade e autoria do delito ficaram bem delineadas, tanto que não foi objeto de insurgência, passando-se, nesse sentido à análise da dosimetria.

Na primeira fase, a pena-base dos acusados foi majorada acima do mínimo legal, sob a seguinte fundamentação: *“Em primeira fase de dosimetria penal, fixo a pena-base, de ambos os acusados, na fração de $\frac{1}{4}$ acima do piso legal, em razão da multiplicidade de bens subtraídos de elevador valor, bem como em virtude da ousadia do roubo em restaurante com a presença de várias pessoas, dentre elas três crianças, e também pela violência na abordagem, relatada por várias vítimas, acima da praxe para tal modalidade delitiva, perfazendo o montante de 5 anos de reclusão e pagamento de 13 dias-multa, para ambos os réus”* (fl. 311).

Não obstante as alegações defensivas é notória a conduta reprovável dos acusados, que demonstraram dolo intenso e acima da normalidade. Note-se que, pelos relatos das vítimas, a conduta dos agentes foi ousada e agressiva, durante toda a empreitada delitiva, tudo isso, com o intuito de incutir nas vítimas verdadeiro temor de que algo ruim pudesse lhes acontecer. Não bastasse, a violência empregada era desnecessária, haja vista que a ação perpetrada com o uso de arma de fogo, o que por si só, já diminuiria em muito qualquer possibilidade de reação por parte das vítimas, não se esquecendo que dentre elas havia crianças e idosos, amedrontando-as, causando uma situação desnecessária de angústia, inquietude e ansiedade, demonstrando assim, uma conduta audaciosa e sem limites dos acusados. Demais disso, o prejuízo suportado por algumas vítimas, foi alto, visto que boa parte não foi recuperado. Assim, por esses fatores conjugados, não há que se cogitar em reduzir a pena base, como postula a Defesa dos réus, mantendo-se a majoração imposta pelo juízo monocrático.

Em acréscimo, frise-se que, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, o juízo pode, após examinar as nuances e especificidades sobre o caso em que se debruça, atuar discricionariamente na escolha da sanção aplicável ao caso, bastando, para tanto, motivar o *decisum*, a teor do que dispõe o artigo 59 do Código Penal, e o artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, pois atendendo justamente a tais dispositivos para se individualizar a pena.

Nesse sentido, leciona GUILHERME DE SOUZA NUCCI: *“Quanto mais se cercear a atividade individualizadora do juiz na aplicação da pena, afastando a possibilidade de que análise a personalidade, a conduta social, os antecedentes, os motivos, enfim, critérios subjetivos, de cada caso concreto, mais cresce a chance de padronização da pena, o que contraria, por natureza, princípio constitucional da individualização da pena, aliás, cláusula pétrea”* (Individualização da Pena, Ed. RT, 2ª Ed., 2007, p. 195).

Na segunda fase, presente a circunstância atenuante da confissão espontânea, em que diminuída a pena na fase intermediária em 1/6 (um sexto).

Com relação ao pedido de reconhecimento da circunstância atenuante inominada, prevista no artigo 66, do Código Penal, melhor sorte não colhe a Defesa do apelante Herbert, visto que se trata de atenuante facultativa. Segundo a teoria da culpabilidade, o agente pode ser punido de modo mais brando pelo fato de não terem sido conferidas a ele pelo Estado e pela Sociedade todas as oportunidades para seu desenvolvimento. Contudo, há que existir uma causa efetivamente relevante, de grande valor pessoal e específico do agente e, portanto, não comum a outras pessoas. No caso dos autos, não obstante os nobres argumentos defensivos, verifica-se que a alegação de que o acusado é um rapaz de apenas 22 anos, estudioso, trabalhador e

trata a todos da comunidade com cordialidade, não é fundamento apto ao reconhecimento da atenuante. Demais disso, de se ressaltar que em que pese tais atributos positivos, estudar, trabalhar e tratar a todos com urbanidade e educação é o mínimo esperado de qualquer cidadão.

Ademais, a circunstância atenuante, somente pode ser reconhecida quando, no caso concreto, houver uma circunstância que traduza um fato indicativo de menor culpabilidade do agente. Logo, os aspectos positivos ressaltados pela defesa em relação ao acusado Herbert, não bastam para aplicação da atenuante inominada, até por se tratar de comportamento, como dito acima, que se espera de qualquer pessoa.

Na terceira fase ausentes causas de diminuição de pena, mas presentes as causas de aumento do concurso de agentes, a pena foi majorada em 1/3 (um terço).

Outrossim, não pode ser reconhecida a participação de menor importância, como postula a Defesa do acusado Herbert, pois, conforme restou apurado, o acusado e os demais companheiros de empreitada, aderiram às condutas entre si, entre si, sendo, irrelevante os detalhes de qual tarefa foi incumbida a cada agente, visto que assumiram todos o risco do resultado.

Nesse sentido, confira-se: ***“Quem emprega qualquer atividade para a realização totalidade dele, segundo a teoria monística que o nosso Direito Penal perfilhou”*** (RT 558/309).

De se observar que o acusado praticou o delito com o corréu Gabriel e no mínimo outros dois agentes, sendo certo que, conforme relatado pelas vítimas, cada agente exerceu tarefa específica na empreitada delituosa. Ademais, o acusado foi capturado pela polícia juntamente com o corréu, em um veículo subtraído de uma das vítimas, no qual era ele que o conduzia. Assim, não há que se cogitar de reconhecimento de participação de menor importância.

Em razão do concurso formal de delitos, as penas foram majoradas em $\frac{1}{2}$ (metade), diante do número de vítima. Não prospera o pleito defensivo de reconhecimento de crime único, uma vez que foram atingidos patrimônios diversos e diferentes.

Cumprе ressaltar que não há no ordenamento jurídico pátrio, lei que estabeleça frações específicas para exasperação da pena, de modo que a dosimetria da pena fica a critério subjetivo do juiz, cabendo a ele observar as circunstâncias específicas do caso, as diretrizes previstas nos artigos 59 e 68, ambos do Código Penal.

Diante dos delitos praticados pelos apelantes, não é caso de fixação de regime diverso do **fechado**, uma vez que referida fixação de regime menos gravoso, além de incompatível com a gravidade do delito, seria insuficiente para a reprovação e prevenção do crime. Ademais, a pena imposta é superior a oito anos de reclusão, não sendo recomendável a adoção de regime prisional mais brando.

Nem se alegue, igualmente, ofensa aos entendimentos preconizados nas Súmulas 718 e 719 do Egrégio Supremo Tribunal Federal e na Súmula 440 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, pois os fatos concretos e as circunstâncias aferidas, ambos extraídos dos autos, demonstram não ser recomendável a adoção de regime prisional mais brando no caso dos autos.

Descabe, igualmente, pleitear aqui regime prisional mais brando com base na atual redação do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, quer à luz do invocado princípio da suficiência da sanção, quer porque a consideração do tempo de prisão provisória não prescindiria de demonstração cabal de bom comportamento carcerário e de condições subjetivas favoráveis, tal como se exige para a avaliação do cabimento de progressão. Se assim não fosse, ficaria ferida de morte a lógica do sistema penal. E tal demonstração não existe nos autos.

Neste sentido o já decidido pela 9ª Câmara de
Direito Criminal:

“[...] Pena – Detração – Cômputo do tempo de prisão provisória para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade – Art. 387, § 2º, do CPP, com a redação dada pela Lei n. 12.736/12 – Fixação a ser efetuada ponderando-se conjuntamente o quantum da pena aplicada com as condições subjetivas previstas nos arts. 33, § 3º e 59 do CP – Entendimento. O merecimento do reeducando integra necessariamente os requisitos para sua promoção de regime, sendo vital à individualização da pena que a promoção não se dê de modo automático, como sugeriria uma interpretação desavisada e superficial da redação do § 2º, do art. 387, do CPP, após a reforma de 2012, mesmo porque tal depende do preenchimento de requisitos tanto objetivos quanto subjetivos. Deve-se ressaltar que a lei a ser utilizada por ocasião da fixação do regime inicial é o CP e não o CPP. Na medida em que a reforma empreendida pela Lei n. 12.736/2012 não revogou o art. 33, § 3º, do CP, a fixação de regime inicial deve ainda considerar obrigatoriamente se foram ou não preenchidas as condições subjetivas, previstas no art. 59 do mesmo estatuto penal. A posterior progressão de regime vem, ademais, necessariamente regida pela Lei de Execução Penal que, em razão de sua especialidade, tem preponderância sobre as demais, de natureza diversa. Para que seja efetuada aludida progressão, destaque-se, faz-se necessário que sejam sopesados os respectivos requisitos pelo Juiz

natural da causa, que é o Magistrado das Execuções Penais, e não o prolator da sentença” (Apelação Criminal nº 1500199-27.2019.8.26.0407, Rel. Des. Grassi Neto, 9ª Câmara de Direito Criminal, julgado em 19/11/2020) Grifei.

Importante anotar, ainda, que isso não impede que o pleito de aplicação do raciocínio previsto no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal seja formulado em sede de Execução Penal, na qual poderão ser analisadas, se o caso, pretensões de detração da pena e de eventual modificação de regime.

Nesse sentido o já decidido por esta Corte, no julgamento da Apelação nº 0005501-19.2013.8.26.0344, em 21/11/2013, mediante Acórdão relatado pelo E. Des. Encinas Manfré:

“Aliás, é presente que '(...) em atenção ao disposto no art. 387, §2º, do Código de Processo Penal, o tempo de pena decorrido não autoriza, só por si, maior abrandamento do regime prisional. Não pode ser desconsiderada a personalidade voltada à prática de crimes, já que o apelante possui outras condenações criminais definitivas. A matéria deverá ser analisada pelo Juízo das Execuções’ (Trecho de aresto desta Corte referente à apelação 0079650-29.2012.8.26.0050, relator o desembargador Francisco Bruno, 10ª Câmara de Direito Criminal, julgamento em 23 de maio de 2013)”.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Nesta toada, frisa-se que a demonstração efetiva dos requisitos supramencionados é encargo probatório dos apelantes, de tal modo que, não preenchidos os pressupostos legais, não há como fixar-se regime inicial mais benéfico para o cumprimento da pena.

Ante o exposto, pelo meu voto, **REJEITA-SE A PRELIMINAR ARGUIDA E NEGA-SE PROVIMENTO** aos recursos Defensivos mantendo-se intacta a r. sentença, por seus jurídicos e legais fundamentos.

FÁTIMA GOMES
Relatora