



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000290473

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1508111-54.2024.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado JORGE TAKASHI OTANI, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **rejeitaram a preliminar e Negaram provimento aos recursos. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), EDISON BRANDÃO E ROBERTO PORTO.

São Paulo, 26 de março de 2025.

CAMILO LÉLLIS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1508111-54.2024.8.26.0228

Comarca: São Paulo (Foro Central Criminal da Barra Funda)

Apelante/Apelado: Jorge Takashi Otani e Ministério Público do Estado de São Paulo

Juiz sentenciante: Luis Fernando Decoussau Machado

Voto nº 48127

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE AGENTES, RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DAS VÍTIMAS E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. JOGO DE AZAR. PRELIMINAR. NULIDADE POR OFENSA AO ART. 226 DO CPP. NÃO VERIFICAÇÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA RECEPÇÃO. INVIABILIDADE. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA BEM COMPROVADAS. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA PRESERVADA. REGIMES INALTERÁVEIS. PRELIMINAR REJEITADA E RECURSOS DESPROVIDOS.

I. Caso em Exame

Recursos interpostos pelo Ministério Público e pela defesa, contra sentença que condenou o réu pela prática dos crimes de roubo majorado e exploração de jogo de azar. A defesa alegou, preliminarmente, nulidade no reconhecimento do acusado e pleiteou, o mérito, a absolvição por insuficiência de provas, a desclassificação do roubo para receptação culposa, o afastamento das majorantes, a fixação de regime inicial aberto e a concessão de 'sursis'. O Ministério Público pleiteou o afastamento da causa de diminuição da participação de menor importância.

II. Questão em Discussão

2. As questões em discussão consistem em saber se: (i) há nulidade no reconhecimento do réu; (ii) as provas são suficientes para a condenação; (iii) devem ser preservadas as majorantes ou se é caso de desclassificação do roubo para receptação culposa; (iv) a conduta do réu constitui participação de menor importância; (v) o regime prisional inicial fechado é adequado; (vi) é cabível a concessão de 'sursis' processual.

III. Razões de Decidir

3. A inobservância de formalidades previstas no art. 226 do CPP não enseja nulidade quando não demonstrado prejuízo. Reconhecimento judicial ratificado sob o contraditório. Preliminar rejeitada.

4. *Materialidade e autoria do comprovadas por provas testemunhais, apreensão dos bens subtraídos e reconhecimento pela vítima. Palavra da vítima com especial relevância nos crimes patrimoniais.*

5. *Descabida a desclassificação para receptação culposa, ante a inequívoca participação do réu no crime de roubo.*

6. *É inviável o pretendido afastamento das majorantes do roubo. Prescindibilidade da apreensão da arma de fogo quando demonstrada sua utilização por outros meios. Concurso de agentes e restrição da liberdade das vítimas devidamente comprovados pela prova oral.*

7. *Participação de menor importância caracterizada, não comprovado o envolvimento direto do acusado com a execução do roubo. Elementos que não têm aptidão para evidenciar que a conduta do réu foi determinante para a consumação do crime.*

8. *Crime de exploração de jogo de azar configurado pela apreensão de máquinas caça-níqueis em pleno funcionamento no estabelecimento do réu.*

IV. *Dispositivo e Tese*

9. Preliminar rejeitada e recursos desprovidos.

Tese de julgamento: 1. A inobservância do art. 226 do CPP não anula o reconhecimento se não houver comprovação de prejuízo. 2. apreensão e perícia da arma de fogo são prescindíveis para o reconhecimento da majorante do art. 157, §2º-A, I, do CP, quando demonstrado seu emprego por outros meios de prova.

Legislação Citada:

Código Penal, art. 157, §2º, II, e §2º-A, I; art. 29, §1º.

Código de Processo Penal, art. 226.

Lei nº 3.688/1941, art. 50.

Lei nº 9.099/1995, art. 89.

Jurisprudência Citada:

STJ, HC 164.113/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, j. 21.06.2011.

STF, RHC 104488/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, j. 01.02.2011.

Vistos.

A r. sentença de fls. 146/159 condenou **Jorge Takashi Otani**, como incurso no art. 157, §2º, II, e §2º-A, I, do Código Penal, às penas de 07 anos, 01 mês e 16 dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 16 dias-multa, fixados unitariamente no

valor de piso, bem como, por infringência ao art. 50 da Lei nº 3.688/1.941, às penas de 03 meses de prisão simples, em regime inicial aberto, e 10 dias-multa, arbitrados no linde legal mínimo.

Irresignadas, recorrem as partes.

A Justiça Pública requer o afastamento da causa especial de diminuição prevista no §1º do art. 29 do Código Penal, sustentando que não houve participação de menor importância por parte do acusado com relação ao roubo, posto que sua conduta foi essencial para a consumação do delito (fls. 165/171).

Por seu turno, a defesa alega, preliminarmente, nulidade por desatenção ao disposto no art. 226 do Código de Processo Penal, já que o réu não foi colocado ao lado de outras pessoas com características similares por ocasião do reconhecimento realizado. No mérito, requer a absolvição, ao argumento de que as provas são insuficientes para sustentar o desate condenatório. Supletivamente, pleiteia o afastamento das majorantes atinentes ao emprego de arma de fogo e ao concurso de agentes, a desclassificação da imputação inicial para receptação culposa, com concessão do *sursis* processual, e, por fim, a fixação de regime prisional inicial aberto (fls. 204/224).

Contrariados os recursos (fls. 190/195 e 230/243), subiram os autos, tendo o ilustre Promotor de Justiça Designado, Flávio José Zamponi Santiago,

opinado pelo desprovimento do apelo defensivo e provimento do recurso ministerial (fls. 254/289).

É o relatório.

A preliminar arguida não merece abrigo.

Decerto, não se verifica nulidade em razão de os reconhecimentos terem sido efetuados em suposta inobservância ao art. 226 do Código de Processo Penal.

Não se olvida a tese recentemente firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, disponível no informativo nº 730/2022, segundo a qual *“É inválido o reconhecimento pessoal realizado em desacordo com o modelo do art. 226 do CPP, o que implica a impossibilidade de seu uso para lastrear juízo de certeza da autoria do crime, mesmo que de forma suplementar”*.¹

Também não se desconhece que, no bojo do RHC nº 206.846/SP, por voto da lavra do Eminentíssimo Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal assentou que *“A inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita, de modo que tal elemento não poderá fundamentar eventual condenação ou decretação de prisão cautelar, mesmo se refeito e confirmado o reconhecimento em juízo* (informativo

¹ (HC n. 712.781/RJ, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/3/2022, DJe de 22/3/2022.)

1.045/2022).²

Saliente-se, contudo, que tais decisões não foram proferidas no julgamento de recursos submetidos à sistemática de Repercussão Geral, de sorte que cabe ao juízo competente a interpretação da norma infraconstitucional aventada.

E, consoante entendimento perfilhado por esta relatoria, citado dispositivo determina expressamente que as solenidades ali previstas deverão ser observadas “*se possível*”.

Assim, em que pese a argumentação lançada em sentido diametralmente oposto, o descumprimento de formalidade não tem o condão de anular a prova realizada que, *in casu*, é amplamente desfavorável ao apelante.

Neste sentido:

“PROVA - Reconhecimento pessoal - Ato levado a efeito em inquérito policial - Eficácia ainda que o indiciado não tenha sido colocado ao lado de outras pessoas, visto tratar-se tão-somente de uma recomendação prevista no art. 226, II, do CPP (TJMS) RT 777/660”.

² (RHC 206846. Órgão julgador: Segunda Turma. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 22/02/2022. Publicação: 25/05/2022).

“PROVA - Reconhecimento pessoal - Inobservância do art. 226 do CPP - Nulidade - Inocorrência - Motivação da decisão condenatória que se mantém com base em indícios suficientes mesmo abstraindo-se tal meio probante (TACrimSP) RT 780/607”.

Sem embargo, o reconhecimento extrajudicial foi seguramente convalidado em pretório pelo ofendido, que foi firme ao apontar o réu como o indivíduo que, na condição de dono do bar cujo interior dava acesso ao galpão onde o caminhão foi estacionado para descarga da *res furtivae*, franqueou a entrada dos ladravazes.

A propósito, confira-se o seguinte julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTACIADO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA CONDENAÇÃO, ANTE A FRAGILIDADE DO RECONHECIMENTO DA AUTORIA BASEADO APENAS NA OITIVA DA VÍTIMA. TESE QUE NÃO PODE PROSPERAR. MATERIALIDADE E AUTORIA DO DELITO COMPROVADA PELO CONJUNTO PROBATÓRIO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO REALIZADO NA FASE POLICIAL E RATIFICADO EM JUÍZO. CONVICÇÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE NÃO COMPETE A ESTA CORTE INFIRMAR, MORMENTE NA VIA PROCESSUAL ESTREITA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL DO HABEAS CORPUS. MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA. EXAME PERICIAL. NÃO-APREENSÃO DO INSTRUMENTO. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO

PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE.
DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME, COMO NO CASO - FIRME E COESO DEPOIMENTO DA VÍTIMA. 1. Não se mostra possível, na espécie, infirmar a convicção dos graus de jurisdição antecedentes acerca da materialidade e autoria. O remédio constitucional do habeas corpus não é a via processual adequada para a análise de fático-probatória, tarefa atribuível às instâncias ordinárias - soberanas quanto a tal discussão. 2. **Ainda que assim não o fosse, a tese de fragilidade da prova da autoria, baseada apenas na oitiva da vítima, não pode prosperar, pois "[o] reconhecimento fotográfico do acusado [realizado na fase inquisitorial, quando ratificado em juízo, sob a garantia do contraditório e da ampla defesa, pode servir como meio idôneo de prova para lastrear o édito condenatório"** (STF, HC 104.404/MT, 1.^a Turma, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 29/11/2010). [...] Writ denegado." (HC 164.113/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 29/06/2011) (Destacado).

Na mesma esteira:

“É firme o entendimento jurisprudencial no sentido de que o reconhecimento fotográfico, como meio de prova, é plenamente apto para identificação do

réu e fixação da autoria delituosa, desde que corroborado por outros elementos idôneos de convicção” (HC 22.907, 5ª Turma, rel. Min. Félix Fischer).

Tanto a Corte Cidadã quanto o Pretório Excelso já firmaram entendimento segundo o qual até mesmo “[...] o reconhecimento fotográfico do acusado realizado na fase inquisitorial, quando ratificado em juízo, sob a garantia do contraditório e da ampla defesa, pode servir como meio idôneo de prova para lastrear o édito condenatório”³ (Enfatizado).

O posicionamento desta Colenda Câmara não é outro. Veja-se:

“ROUBO - AUTORIA DELITIVA PROVADA RECURSO PROVIDO. Suficientes os elementos probatórios a demonstrar a autoria de agente que subtraiu, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, coisa alheia móvel, de rigor o decreto condenatório pelo roubo. ROUBO - RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO - VALIDADE. Reconhecimento fotográfico realizado com segurança pela vítima, afirmando lembrar-se com exatidão e detalhes das características físicas do roubador, confirmado em juízo. Prova apta a embasar o decreto condenatório” (AP 5294854220108260000 SP 0529485-42.2010.8.26.0000, Relator, Des.

³ (STF, HC 104.404/MT, 1.ª Turma, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 29/11/2010); (HC 164.113/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 29/06/2011).

Willian Campos, Data de Julgamento:
25/09/2012, 4ª Câmara de Direito Criminal,
Data de Publicação: 28/09/2012).

Portanto, se o reconhecimento extrajudicial é válido mesmo quando efetuado fotograficamente, com mais razão deve ser considerado nas hipóteses em que também realizado pessoalmente, mormente quando, como aqui, há elementos com aptidão para corroborar a efetivação das formalidades na Delegacia de Polícia.

Cuida-se, pois, de conjuntura que, a bem da verdade, dá ensejo a *distinguishing* do presente caso com relação aos acórdãos paradigmáticos suso aludidos.

Note-se ainda que, durante a audiência de instrução, debates e julgamento, foi feita observação, pela zelosa serventia, de que, pelo fato de o acusado estar respondendo solto ao processo, não haveria como providenciar outras pessoas de características semelhantes para colocá-las ao lado dele para reconhecimento

Em seguida, o ilustre magistrado ponderou que, diante da peculiaridade, seria ônus defensivo a reunião de indivíduos para realização de eventual perfilamento entre pessoas de fisionomias similares, inexistindo, no ponto, oposição do advogado acerca do procedimento, de modo que anuiu com o prosseguimento da formalidade, ainda que tacitamente (partir de 19'30" da mídia).

Inclusive, ao ter sido expressamente questionado pelo juiz sentenciante se teria mais algum requerimento, o douto causídico respondeu negativamente (10'30" da mídia), não tendo, aliás, sequer ventilado tal questão por ocasiões de alegações finais (a partir de 12'26" da mídia).

Sendo assim, não pode, a essa altura, atacar a validade do ato, sob pena de se confundir a manobra com a chamada nulidade de algibeira (ou "de bolso"), que consiste na estratégia de permanecer silente no momento oportuno, manifestando-se somente em ocasião posterior, supostamente mais favorável, agredindo, assim, a boa-fé processual.

Sobre o assunto, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL. NULIDADE. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA.. INOVAÇÃO RECURSAL. PROCESSO UTILIZADO COMO DIFUSOR DE ESTRATÉGIAS. IMPOSSIBILIDADE DO MANEJO DA CHAMADA "NULIDADE DE ALGIBEIRA". AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DO SEGURADO. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA.. CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A suposta nulidade absoluta somente foi trazida pela parte recorrente em agravo regimental, após provido o recurso especial da parte recorrida, constituindo inovação recursal. Precedentes. 2. "A alegação de que seriam matérias de ordem

pública ou traduziriam nulidade absoluta não constitui fórmula mágica que obrigaria as Cortes a se manifestar acerca de temas que não foram oportunamente arguidos ou em relação aos quais o recurso não preenche os pressupostos de admissibilidade" (REsp 1439866/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 6/5/2014).

3. "A jurisprudência do STJ, atenta à efetividade e à razoabilidade, tem repudiado o uso do processo como instrumento difusor de estratégias, vedando, assim, a utilização da chamada "nulidade de algibeira ou de bolso" (EDcl no REsp 1424304/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/08/2014, DJe 26/08/2014). 4. *"A mera alegação de que o segurado se omitiu em informar enfermidade preexistente não é bastante para afastar o pagamento da indenização securitária se, no momento da contratação, a seguradora não exigiu atestados comprobatórios do estado do segurado nem constatou sua má-fé" (AgRg no AREsp 353.692/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 11/06/2015).* 5. *Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg na PET no AREsp: 204145 SP 2012/0146407-2, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 23/06/2015, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2015 – Destacado).*

Validamente, o caderno processual é bastante conclusivo e confere sólido escoro à tese

acusatória, conforme será doravante esmiuçado junto ao exame do mérito.

De mais a mais, por não se tratar de condenação lastreada exclusivamente no mencionado reconhecimento (até porque o acusado foi preso em flagrante), não logrou a defesa comprovar efetivo prejuízo que tenham o apelante experimentado por decorrência da suposta nódoa, verificando-se, à luz do brocardo *pas de nullité sans grief*, positivado no art. 563 do Código de Processo Penal, que inexistiu nulidade a ser declarada.

Em pertinência ao tema:

“Ademais, também é princípio basilar, em tema de nulidades, que nenhum vício deve ser declarado se não tiver trazido prejuízo a qualquer das partes (‘pás de nullité sans grief’). No caso vertente, a d. Defesa sequer apontou qual seria o prejuízo suportado pelo réu, de sorte que fica rejeitada a questão preliminar” (Ap. n.º 9174723-30.2009.8.26.0000, Rel. Amado de Faria, 8ª Câmara de Direito Criminal, j. em 04.10.2012).

“Como sabido e consabido, cumpria aos apelantes, além de comprovar a existência da alegada nulidade, demonstrar a ocorrência de efetivo prejuízo dela decorrente, o que não ocorre na espécie, a tornar, pois, imprescindível trazer a lume a norma do artigo 563 do Código de Processo Penal, que dispõe: “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar

prejuízo para a acusação ou para a defesa". É a consagração do princípio pas de nulitté sans grief" (Ap. n.º 0000753-85.2008.8.26.0095, Rel. Moreira da Silva, j. em 30.09.2012).

Destarte, por qualquer ângulo que se observe, a preliminar não merece agasalho.

No mérito, as imputações foram as de que, A imputação foi a de que, em 28 de março de 2024, por volta de 09h00, em local incerto desta cidade e Comarca da Capital, dois indivíduos não identificados, previamente ajustados e com unidade de propósitos, subtraíram para proveito comum, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo e restrição da liberdade das vítimas Marcelo Bobadilha Pereira dos Santos e Marcelo Pereira, uma carga de eletrônicos relacionados nas notas fiscais 015.019.470, 015.018.573, 015.019.446, 015.017.680, 015.019.254, 015.018.439, 014.961.776, 015.019.644, 015.019.643, 015.017.950, 015.018.388, 015.018.208, 015.018.438, 015.018.766, 015.258.913, 015.019.420, 015.018.686, 015.017.857, 015.019.005, 015.018.440, 015.019.171, 015.019.695, 015.018.207, 015.018.328 e 014.941.266, bens avaliados em R\$ 41.967,49, pertencentes à empresa *Casas Bahia* (cf. auto de exibição e apreensão de fls. 10).

Consta, ainda, que, nas mesmas condições de tempo e local acima apontados, **Jorge Takashi Otani**, ora recorrente/recorrido, previamente ajustado e com unidade de desígnios com referidos indivíduos, concorreu de qualquer modo, prestando auxílio moral e material,

para o crime acima descrito.

Consta, por fim, que, na mesma data, por volta das 09h30, na Rua Japaratuba, nº 540, na mesma urbe, **Jorge** explorou jogo de azar, consistente em máquinas caça-níqueis, em lugar acessível ao público.

Segundo o apurado, no dia, horário e local acima mencionados, as vítimas realizavam transporte dos equipamentos eletrônicos em uma caminhonete, quando foram abordadas por dois indivíduos desconhecidos, que estavam em uma motocicleta.

Ato contínuo, os indivíduos anunciaram o roubo da carga de eletrodomésticos, exibindo arma de fogo às vítimas. O indivíduo que estava na garupa da motocicleta adentrou na caminhonete e obrigou a vítima *Marcelo Pereira* a conduzir o veículo.

Após rodarem por algum tempo, o indivíduo obrigou *Marcelo Pereira* a parar o veículo em uma via, desembarcar e adentrar em outro veículo preto. Nesse veículo, havia mais dois desconhecidos, que a levaram para outro local, sendo liberada em uma via pública após aproximadamente 15 minutos.

A vítima *Marcelo Bobadilha*, contudo, permaneceu na caminhonete em poder dos roubadores, rumando todos para um galpão que fica anexado a um bar, ambos de propriedade do denunciado. A caminhonete, então, parou dentro desse galpão.

Na ocasião, **Jorge** recebeu os roubadores, que ainda mantinham a vítima *Marcelo Bobadilha* em poder deles.

Jorge tinha plena ciência do roubo e, inclusive, ficou conversando com os executores do delito.

A vítima *Marcelo Bobadilha*, ainda em poder dos agentes e agora também do denunciado, foi obrigada a descarregar a carga no interior do estabelecimento sob a responsabilidade de **Jorge**.

Este, inclusive, veio alertar os demais agentes sobre a chegada da Polícia Militar no local, razão pela qual os executores do roubo conseguiram se evadir.

O acusado, no entanto, foi preso em flagrante em posse dos itens subtraídos.

Por fim, no local, mais precisamente no bar anexo ao galpão em que os bens subtraídos e a vítima *Marcelo Bobadilha* foram localizados, Policiais Militares encontraram seis máquinas caça-níqueis, três delas ligadas.

Ficou evidenciado, portanto, que o denunciado fazia a exploração de jogos de azar em seu estabelecimento.

Eis o teor da denúncia.

Pois bem.

A materialidade delitiva é bastante e resta comprovada pelos autos de prisão em flagrante (fls. 01 e 09), pelo auto de exibição, apreensão e entrega (fls. 10), pelo auto de reconhecimento (fls. 15), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 17), pelo boletim de ocorrência (fls. 26/30) e pelo laudo pericial realizado no local dos fatos (fls. 79/86), bem assim decorre da prova oral concatenada no decorrer da instrução.

Em que pese a combatividade defensiva, igualmente inconcussa a autoria, aproveitando-se do ensejo para, com a devida vênia e primando pela eficiência, colacionar a transcrição da prova oral conforme disposta em sentença, uma vez que precisa, minuciosa e detida aos aspectos relevantes, não carecendo de qualquer complementação:

“O réu negou a prática do delito em juízo. E nesse sentido, o réu disse que vendeu o bar para as testemunhas arroladas pela defesa Marcelo Russini e Claudia Roberta More e que, a pedido delas, 'tomava conta' do local no momento do crime. No dia dos fatos, o réu contou que os assaltantes, aparentemente armados, chegaram no galpão, levantaram o portão e disseram que um terceiro de nome 'Paulão' os havia mandado descarregar a carga no local. Diante disso, ainda assim a o réu alegou que não os autorizou, não os conhecia e que, quando se deu conta, eles

descarregaram alguns bens em apenas três minutos e fugiram. O réu disse, ainda, que os novos donos do estabelecimento pediram para que ele retirasse as máquinas caça-níquel, providência que foi por ele adotada, tanto que as máquinas estavam desligadas. Por fim, o réu asseverou que do bar não era possível visualizar o caminhão.

[...]

A vítima Marcelo Bobadilha Pereiras dos Santos reconheceu o réu tanto em solo policial, quanto em juízo como um dos autores do delito. E nesse sentido, a vítima disse que trabalhava com o seu genitor no serviço de entregas das Casas Bahia e que, durante o trajeto, foram abordados por indivíduos armados em 02 (duas) motos. Em seguida, a vítima narrou que um carro preto passou por eles para dar apoio aos assaltantes, provavelmente quatro, ao todo. Depois disso, a vítima relatou que os assaltantes estacionaram o caminhão em um galpão, anexo a um bar. Neste momento, a vítima revelou que foi recebida pelo réu e outra pessoa na frente do estabelecimento. Ato contínuo, a vítima apontou que foi obrigada a descarregar o caminhão e que ficou em poder dos roubadores por aproximadamente 20 (vinte) minutos. Depois de descarregar o caminhão, a vítima disse que os policiais chegaram no local, mas os roubadores fugiram, restando apenas ela e o réu. Por fim, a vítima esclareceu que, diante do tamanho do caminhão, o acesso ao galpão era feito por uma porta na área interna do bar e que o réu franqueou a entrada dos assaltantes.

A vítima Marcelo Pereira dos Santos, por sua vez, narrou que estava com seu filho, a vítima Marcelo e se dirigiam para o início das entregas na condução do caminhão apontado nos autos. Ocorre que, segundo a vítima, eles foram abordados por dois rapazes armados em uma moto, sendo que um deles entrou no caminhão. Em seguida, a vítima revelou que havia um carro preto prestando apoio para os assaltantes, ao todo eram quatro, e permaneceu com as sua liberdade restrita por aproximadamente uma hora. Finalmente, a vítima disse que os assaltantes foram informados acerca do insucesso da empreitada delituosa e, por isso, a liberaram e fugiram.

As palavras das vítimas vieram corroboradas pelo depoimento da testemunha Jessica Medeiros Biret, policial militar que efetuou a prisão em flagrante do réu. E nesse sentido, a testemunha narrou em juízo que estava em patrulhamento quando foi irradiada ocorrência de roubo de caminhão com retenção de vítima. Em razão disso, a testemunha contou que se deparou com um caminhão com as características descritas estacionado de ré em um galpão e, por isso, realizou a abordagem, ocasião em que o réu foi preso no local. Durante a abordagem, a testemunha revelou que o veículo estava estacionado em local que inviabilizava o acesso ao galpão e que, por isso, o acesso ao baú era feito por uma porta localizada na parte interna do bar, onde, ainda, foram encontradas máquinas caça-

níquel.” (fls. 149/151).

Vê-se, assim, que a negativa ofertada pelo acusado restou isolada.

Por outro lado, não consta nos autos qualquer indício de que o ofendido quisesse incriminar injustamente o acusado, não havendo motivos, portanto, para que não se dê crédito às suas declarações. Como é cediço, nos crimes patrimoniais, a palavra das vítimas é considerada preponderante pela jurisprudência:

É neste sentido o entendimento deste E. Tribunal de Justiça:

*“ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. APELAÇÃO EXCLUSIVAMENTE DEFENSIVA. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. DESCABIMENTO. Materialidade e autoria bem demonstradas nos autos. **A vítima, nas duas oportunidades em que ouvida, informou as características físicas do acusado e o reconheceu pessoalmente como um dos agentes do roubo contra ela praticado, tendo pormenorizado a dinâmica da ação criminosa. Delito praticado na clandestinidade, a palavra da vítima merece ser prestigiada.** Condenação mantida. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. A apreensão do artefato e consequente perícia para aferição da potencialidade ofensiva*

da arma são prescindíveis para a configuração da causa especial de aumento, desde que existentes nos autos outros elementos que confirmem a sua utilização no crime, como é o caso. Palavra da vítima. CONCURSO DE AGENTES. Também comprovado pelas declarações da vítima, elementos de convicção que evidenciaram a pluralidade e o nexo causal da conduta do apelante e do indivíduo não identificado, assim como o liame subjetivo entre eles para a prática delitiva comum. PENAS. base mantida no mínimo legal na primeira e segunda fases. Mantido o acréscimo de 1/3 (um terço), na derradeira etapa, no que o apelante foi beneficiado, haja vista que se trata de roubo duplamente circunstanciado, delito que, à evidência dos autos, não poderia receber tratamento semelhante ao singelamente circunstanciado. Resignação ministerial e vedação à reformatio in pejus em recurso exclusivo da defesa, a pena consolidou-se em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa. REGIME E BENEFÍCIOS. Mantido o inicial semiaberto, à míngua de recurso ministerial. Incabíveis a substituição da pena corporal por restritivas de direitos e o sursis penal, pelo montante punitivo e por se tratar de crime cometido com grave ameaça. Recurso desprovido, com expedição de mandado de prisão após o trânsito em julgado.” (TJSP; Apelação Criminal 0016163-46.2018.8.26.0577; Relator (a): Gilda Alves Barbosa Diodatti; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São José dos Campos - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 28/07/2020; Data de

Registro: 28/07/2020 – Destacado);

"As palavras da vítima, em se tratando de delitos patrimoniais, assumem especial relevância, desde que, como na hipótese vertente, mostrem-se firmes, porquanto não é comportamento usual de quem sofreu um assalto incriminar alguém, sabendo ser tal pessoa inocente, na medida em que a vítima visa tão somente à punição do responsável pelo delito" (Rel. Pedro Gagliardi, Apel. nº 990.09.153421-8, 15ª Câmb. Criminal, j. em 15.12.09).

Efetivamente, tratando-se de crimes quase sempre cometidos na clandestinidade, a palavra da(s) vítima(s) ganha relevo maior e deve ser admitida como verdadeira até prova robusta em sentido contrário, em especial se desconhecia ela(s), até então, o(s) agente(s) criminoso(s), não tendo razão para imputar-lhe(s) a prática de tão grave(s) infração(ões).

Aqui, vale destacar que a vítima *Marcelo Bobadilha* foi segura em seus relatos e apontou o réu, com segurança, como sendo o indivíduo que recebeu os acusados em seu estabelecimento comercial e lhes franqueou as entradas.

Para além disso, embora não tivesse seguido para o mesmo destino (estabelecimento do réu), a vítima *Marcelo Pereira* discursou em sintonia com *Marcelo Bobadilha*, sendo que tais declarações foram igualmente amparadas pela policial militar que atuou no flagrante.

Registre-se, aqui, que o depoimento policial *“pode ser meio de prova idôneo para embasar a condenação, principalmente quando tomados em juízo, sob o crivo do contraditório. Precedentes do STF e desta Corte.”*⁴

Ainda sobre o tema:

“Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal” (Superior Tribunal de Justiça – HC 149540/SP – Ministra Laurita Vaz – DJ 04.05.2011).

É o quanto basta, sendo pertinente observar que as provas não são valoradas, estritamente, de acordo com o local ou o momento em que são produzidas, mas sim pela força de convencimento da qual se revestem.

No caso em apreço, restou manifesta a perpetração do roubo em questão pelo réu e seus asseclas desconhecidos, não prosperando a negativa defensiva, que foi frontalmente rechaçada pelos demais elementos coligidos sob o crivo do contraditório, não se

⁴ (STJ - HC 40162/MS, Min. Gilson Dipp, DJ 28.03.2005).

tratando, pois, de condenação pautada exclusivamente na palavra da vítima ou em elementos colhidos em solo policial.

Quanto à suposta fragilidade dos reconhecimentos, reporto-me à motivação lançada quando da apreciação da preliminar suscitada, repisando-se que não se vislumbra nódoa passível de correção.

Desta feita, diante do amealhado, indubitável que o sentenciado foi um dos autores do roubo em questão, não havendo que se falar em absolvição por insuficiência de provas.

Por esta razão, aliás, descabida a pretendida desclassificação para receptação, eis que satisfatoriamente comprovada a participação do sentenciado no roubo da carga.

Não é, todavia, caso de acolhimento do anseio ministerial de afastamento da causa de diminuição relativa à participação de menor importância, convenientemente aplicada na origem, vale dizer.

Sim, porque, inobstante a alegação ministerial no sentido de que **Jorge** “veio alertar os demais agentes sobre a chegada da Polícia Militar no local, razão pela qual os executores conseguiram se evadir”, e, ainda, que “ele teve envolvimento direto na execução do delito, inclusive auxiliando os demais agentes a manter a vítima em poder do grupo criminoso” (fls.

168/169), fato é que o relato de *Marcelo Bobadilha* ilustra cenário diverso.

Com efeito, referindo-se a **Jorge**, sobredita vítima deixou claro que *“em nenhum momento, eu falei com ele”*. *“Eu não vi a quadrilha conversar muito com ele não. Eles chegaram, falaram e entraram. Foi muito rápido. Eles já foram entrando”* (mídia digital – 08'07”).

Ou seja, não se vislumbra a presença de cabal demonstração de que a conduta do acusado teve direta relação com a execução criminosa, mas somente indícios de que agiu de forma acessória, sendo inviável concluir que teve papel essencial para a consumação do crime, como insistiu a Justiça Pública em suas razões de apelo.

Preserva-se, pois, o reconhecimento da participação de menor importância.

Sob outro vértice, descabido o afastamento da causa de aumento inerente ao emprego de arma de fogo, como pretendido pela douta defesa.

Ora, se, de conformidade com o que já fora exposto, a prova oral é tida como elemento apto a fundamentar, inclusive, o decreto condenatório, não há motivos para desacreditá-la, portanto, no que toca à majorante em questão.

Outrossim, apegar-se à necessidade de um exame pericial, quando esse é absolutamente desnecessário em razão da contundência da prova testemunhal, constitui, data vênua, expressão de um formalismo anacrônico, divorciado do espírito da instrumentalidade das formas que inspira o Direito Processual contemporâneo.

Desse modo, embora se reconheça que alguns fatos somente possam ser comprovados por meio da prova técnica, outras circunstâncias — também se sabe bem — podem ser provadas por meio testemunhal.

Acerca do assunto, veja-se o posicionamento dos Tribunais Superiores:

*“EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. JULGADO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E DE PERÍCIA DA ARMA PARA A COMPROVAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. PRECEDENTES. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. A decisão do Superior Tribunal de Justiça está em perfeita consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2. **É desnecessária a***

apreensão e a perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar a causa de aumento do art. 157, § 2º, inc. I, do Código Penal, pois o seu potencial lesivo pode ser demonstrado por outros meios de prova. Precedentes. 3. Recurso ordinário em habeas corpus ao qual se nega provimento.” (Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, RHC 104488/RS, j. 01.02.2011 – Destacado).

Dados esses fundamentos, de rigor a manutenção da causa de aumento em questão, até porque as vítimas foram firmes ao relatar que os roubadores se valeram de ao menos duas armas de fogo para perpetrar os delitos.

Por oportuno, anote-se ser prescindível que todos os indivíduos que pertençam ao grupo se valham de tal aparato, bastando restar comprovado, como aqui está, que o crime tenha sido cometido com emprego de arma de fogo. Ou seja, não importa em poder de qual dos agentes criminosos permanecia(m) o(s) artefato(s) bélicos, tratando-se de circunstância que se comunica com os comparsas.

Do mesmo modo, impossível afastar o reconhecimento do concurso de agentes, pois também deflui da prova coligida que o crime foi perpetrado por diversos criminosos (ao menos quatro), donde também se extrai que houve restrição da liberdade das vítimas.

Decerto, a prova coligida indica que as vítimas permaneceram com as liberdades coarctadas durante a prática delitiva.

Segundo os ofendidos, eles ficaram sob o domínio dos roubadores por cerca de 01 hora, tempo este juridicamente relevante, especialmente para pessoa que se vê subjugada por múltiplos indivíduos (os quais faziam emprego de arma de fogo), sendo alvo de ameaças, sem qualquer perspectiva de quando — ou se — sairia daquela situação lamentável.

Nesse sentido, já julgou o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

*“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES. NECESSIDADE. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. MAJORANTE DO ART. 157, § 2º, I, DO CP. CARACTERIZAÇÃO. EFETIVA APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. UTILIZAÇÃO DA ARMA COMPROVADA POR OUTROS MEIOS (TESTEMUNHAS E VÍTIMA). **ART. 157, § 2º, V, DO CP. COMPROVADA RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA POR APROXIMADAMENTE 15 (QUINZE) MINUTOS. MAJORANTE CONFIGURADA.** ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI N. 10.826/2003. POSSE DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA. ABOLITIO CRIMINIS. NÃO INCIDÊNCIA, NA ESPÉCIE. MAUS*

ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS. UTILIZAÇÃO EM FASES DIFERENTES DA FIXAÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. 387, IV, DO CPP. FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO DE INDENIZAÇÃO À VÍTIMA. PEDIDO EXPRESSO. NECESSIDADE. ACÓRDÃO ESTADUAL, QUANTO A ESSE ÚLTIMO PONTO, EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. EMBARGOS ACOLHIDOS, COM EFEITOS INFRINGENTES, PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. [...] **3. A causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, V do CP, demanda, tão-somente, para sua incidência, a restrição da liberdade da vítima, que, uma vez caracterizada, autoriza a exasperação da reprimenda de um terço até a metade.** 6. Embargos declaratórios acolhidos, com efeitos infringentes, para dar parcial provimento ao recurso especial do parquet.” (EDcl no REsp 1286810/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Campos Marques, DJe 26.04.2013) (sem grifos no original).

Além do mais, “*não se pode perder de vista que a qualificadora da privação da liberdade da vítima se justifica pela maior gravidade da ofensa à liberdade física e psíquica da vítima, bem jurídico também tutelado no roubo.*”⁵

Igualmente comprovado a contravenção penal prevista no art. 50 do Decreto nº 3.688/1.943, valendo

⁵ (Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini, Código Penal interpretado, 8ª ed., São Paulo, Atlas, 2012, p. 1.174).

frisar que as máquinas do tipo caça-níquel localizadas no estabelecimento do réu estavam aptas para funcionamento, tanto que foi apreendido dinheiro arrecadado com o uso de tais equipamentos, conforme evidencia o laudo pericial de fls. 79/86.

Condenação, pois, bem lançada.

A pena-base concernente ao roubo foi adequadamente exacerbada, sopesado o fato de que duas pessoas foram submetidas à grave ameaça durante o crime, inobstante apenas um patrimônio tenha sido lesionado.

Vale pontuar, aqui, que se trata de roubo de carga envolvendo elevado valor financeiro, o que também se presta para incrementar a reprovabilidade da conduta.

Em seguida, não foram verificadas atenuantes ou agravantes, tendo a reprimenda experimentado decréscimo de 1/3 à vista da minorante disposta no §1º do art. 29 do Código Penal, cuja incidência, como se viu, refletiu acerto.

Ainda na derradeira etapa, houve novo recrudesimento de 3/8 por força da comparsaria e da restrição da liberdade das vítimas, critério que não cede espaço para ajuste, máxime porque a comparsaria envolveu divisão de tarefas entre vários indivíduos, sendo que, durante a privação de sua liberdade, *Marcelo Bobadilha* foi obrigado a auxiliar no descarregamento da

carga roubada.

Finalmente, reconhecido o emprego de arma de fogo, a pena do roubo foi exacerbada em mais 2/3, definindo-se.

Quanto ao crime anão, a pena foi estabelecida no patamar de piso.

Noutro giro, deve ser mantido o regime prisional mais gravoso quanto ao crime patrimonial, tendo em vista que o roubo, pela própria gravidade que lhe é ínsita, demonstra a periculosidade do agente e necessidade de maior rigor do Estado-juiz.

Meio diverso do fechado, por certo, não se mostraria suficiente para a necessária assimilação da terapêutica penal por parte do sentenciado, bem como geraria sensação de impunidade e insegurança à sociedade, que se vê assolada e atemorizada com crimes desse jaez nos dias atuais.

Nessa esteira, já se decidiu:

“O delito de roubo, por toda a violência e agressividade que lhe é intrínseca, não comporta reprimenda leve, que traduziria sensação de impunidade, estimulando a recidiva. Assim, necessário se faz a fixação do regime fechado para desconto da reprimenda estabelecida em primeiro grau.” (Rel. Ribeiro dos Santos, Apel. n.º 990.10.324165-7, j. em 24.02.11).

De mais a mais, o cotejo entre as circunstâncias judiciais alhures aludidas e a quantidade de pena concretamente aplicada conduzem à manutenção do meio mais gravoso, na exegese do art. 33, §§2º e 3º, do Código Penal.

Rememore-se que se tratou de roubo de carga com elevado valor financeiro, envolvendo organizada ação entre múltiplos agentes e privação da liberdade de duas vítimas, além de emprego de mais de uma arma de fogo.

Em função da quantidade de pena aplicada, defesa a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a aspirada concessão *sursis* processual, benefício este destinado aos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano (art. 89, *caput*, da Lei nº 9.099/95, situação não verificada *in casu*).

Era o que cabia consignar.

Ante o exposto, pelo meu voto, **rejeito a preliminar e nego provimento aos recursos.**

CAMILO LÉLLIS

Relator