



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000401813

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501957-54.2023.8.26.0616, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante KAUAN FERNANDO DA SILVA GASPAR, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Por votação unânime, afastaram a preliminar ventilada, e deram parcial provimento ao recurso interposto pela r. Defesa de Kauan Fernando da Silva Gaspar, para reduzir sua pena em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, e ao pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, estabelecidos no mínimo legal, fixar o regime inicial semiaberto, e para conceder os benefício da justiça gratuita e, por conseguinte, a isenção do pagamento das custas processuais, mantendo-se, no mais, a r. Sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente sem voto), AMABLE LOPEZ SOTO E SÉRGIO MAZINA MARTINS.

São Paulo, 25 de abril de 2025.

PAULO ROSSI
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1501957-54.2023.8.26.0616 - Comarca de Mogi das Cruzes – 3ª Vara Criminal

Apelante: Kauan Fernando da Silva Gaspar

Apelado: Ministério Público

TJSP – 12ª Câmara Criminal

VOTO Nº 51.660

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO CIRCUNSTANCIADO (Artigo 157, parágrafo 2º-A, inciso I, do Código Penal) – Preliminar – Nulidade diante da desobediência do disposto no artigo 226, inciso II, do Código de Processo Penal – INADMISSIBILIDADE - A ausência das formalidades do artigo mencionado quando do reconhecimento realizado pela vítima não é motivo suficiente para tornar ilícita a prova assim obtida. Mérito: Absolvição – IMPOSSIBILIDADE – Autoria e materialidade devidamente comprovadas - Provas não deixam dúvidas quanto à ocorrência do delito de roubo. MAJORANTE DO EMPREGO DA ARMA DE FOGO – Dispensável a apreensão e perícia da arma utilizada no delito para a configuração da referida majorante, quando o conjunto probatório é seguro para afirmar o uso do artefato. Redimensionamento da pena – VIABILIDADE – Pena-base no mínimo legal. Regime semiaberto – Artigo 33, parágrafo 2º, alínea b, do Código Penal. Prequestionamento - Afigura-se desnecessária a abordagem pelo órgão julgador de toda a matéria debatida pela parte, mesmo diante do prequestionamento para efeito de interposição de Recursos. Concessão da justiça gratuita – ADMISSIBILIDADE - Isenção das custas.

Preliminar afastada e recurso parcialmente provido.

VISTOS.

1 – Trata-se de apelação interposta pela r. Defesa de Kauan Fernando da Silva Gaspar, contra r. Sentença datada de 03 de fevereiro de 2025, prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Mogi das Cruzes, que o condenou à pena de 11 (onze) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 27 (vinte e sete) dias-multa, fixados no mínimo legal, como incurso nas penas do artigo 157, parágrafo 2º-A, inciso I, do Código Penal (fls.405/411).

A r. Defesa do Apelante pleiteia, em preliminar, a nulidade em virtude da inobservância dos requisitos do reconhecimento que deveria seguir estritamente o rito convencionado no artigo 226 e seguintes do Código de Processo Penal. No mérito, sustenta a absolvição nos termos do que dispõe o artigo 386, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, requer o afastamento da circunstância referente ao emprego de arma de fogo; a redução da pena aplicada; a fixação do regime mais brando, bem como a concessão da justiça gratuita (fls.459/471).

O representante do *Parquet* ofereceu as contrarrazões (fls.475/479).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo parcial provimento do recurso (fls.488/494).

É o relatório.

2 – Da preliminar de nulidade

A r. Defesa sustenta a nulidade da r. Sentença, uma vez que o reconhecimento efetuado pela vítima não se atentou nos termos do que dispõe a legislação processual penal.

Não se desconhece da existência do julgado do

Superior Tribunal de Justiça (HC XXXXX/SC , de 27/10/2020), indicando que o reconhecimento de pessoa por fotografia deve observar as formalidades do artigo 226, do Código de Processo Penal, sendo válido apenas se corroborado por provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

De fato, o Superior Tribunal de Justiça pacificou recentemente o entendimento de que as formalidades previstas no artigo 226, do Código de Processo Penal, devem ser respeitadas para que o procedimento de reconhecimento seja apto a identificar e fixar a autoria delitiva.

Nesse sentido:

“Esta Corte Superior inicialmente entendia que *"a validade do reconhecimento do autor de infração não está obrigatoriamente vinculada à regra contida no art. 226, do Código de Processo Penal, porquanto tal dispositivo veicula meras recomendações à realização do procedimento, mormente na hipótese em que a condenação se amparou em outras provas colhidas sob o crivo do contraditório. 3. Em julgados recentes, ambas as Turmas que compõe a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça alinharam a compreensão de que "o reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto para identificar o réu e fixar a autoria delitiva quando observadas as formalidades previstas no art. 226, do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa"* (HC XXXXX/SC , Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/4/2021, DJe 3/5/2021).

Essa é a previsão trazida no artigo 226, do Código de Processo Penal:

“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”.

É incontroverso que o procedimento de reconhecimento ocorrido em sede policial não seguiu as formalidades necessárias.

Entretanto, deve-se salientar que o procedimento supracitado não foi o único meio probatório utilizado para o convencimento do r. Magistrado e a consequente prolação da Sentença condenatória.

A despeito das formalidades do reconhecimento de pessoas, a vítima detalhou em sede Judicial, com precisão, o decorrer do delito como um todo, o que corresponde exatamente com as suas declarações em sede policial. Frise-se, uma vez mais, que confirmou o reconhecimento efetuado na Delegacia e o reconheceu sob o pálio do contraditório e ampla defesa.

Ademais, o entendimento assente no sentido de que: *“nos crimes contra o patrimônio, geralmente praticados na clandestinidade, tal como ocorrido nesta hipótese, a palavra da vítima assume especial relevância, notadamente quando narra com riqueza de detalhes como ocorreu o delito, tudo de forma bastante coerente, coesa e sem contradições, máxime quando corroborado pelos demais elementos probatórios”* (AgRg no AREsp XXXXX/MG , Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 17/03/2017).

Ressalta-se, ainda, que" *Nos crimes patrimoniais como o descrito nestes autos, a palavra da vítima é de extrema relevância, sobretudo quando reforçada pelas demais provas dos autos* "(AgRg no AREsp XXXXX/RJ , Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/4/2018, DJe 20/4/2018). (AgRg no AREsp XXXXX/PR , Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2020, DJe

15/10/2020).

Diante do exposto, torna-se claro o fato de que o reconhecimento efetuado na Delegacia não configurou o meio exclusivo para embasar a r. Sentença, sendo as demais provas suficientes para confirmar o édito condenatório.

Considerando, principalmente, os delitos patrimoniais que normalmente ocorrem na clandestinidade, longe de testemunhas, a palavra da vítima possui relevante valor probante, inexistindo no feito qualquer elemento para desqualificar o depoimento da vítima, ou mesmo que pudesse indicar algum interesse escuso da parte dela em atribuir falsamente o delito de roubo ao recorrente.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AO CRIME DE ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO NA POLICIAL. ART.226, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL 226, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. MERA RECOMENDAÇÃO. CONDENAÇÃO BASEADA EM ELEMENTOS DE PROVAS COLHIDOS NA INSTRUÇÃO CRIMINAL. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO. 1. É firme o entendimento desta Corte de que a validade do reconhecimento do autor de infração não está obrigatoriamente vinculada à regra contida no art. 226, do Código de Processo Penal, porquanto tal dispositivo veicula meras recomendações à realização do procedimento, mormente na hipótese em que a condenação se amparou em outras provas colhidas sob o crivo do

contraditório. 2. Agravo regimental improvido”. (STJ – AgRg 2020/XXXXX-06, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 02/03/2021, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/03/2021).

Supremo Tribunal Federal;

“Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. ROUBO MAJORADO POR CONCURSO DE AGENTES. SUPOSTA INSUFICIÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA AUTORIA DELITIVA. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. MANUTENÇÃO DA NEGATIVA DE SEGUIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte reconhece que o reconhecimento fotográfico do acusado, 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” (HC XXXXX, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, j. 21.09.2010). Precedentes. 2. Eventual divergência quanto às premissas adotadas pelas instâncias antecedentes implicaria o reexame de fatos e provas, providência inviável em sede de habeas corpus. 3. Agravo regimental desprovido. Observação - Acórdão(s) citado (s): (HC, RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO, CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA, PROVA LEGÍTIMA) HC XXXXX (1ªT), RHC XXXXX (2ªT), HC XXXXX (1ªT) HC XXXXX AgR (1ªT). Número de páginas: 9. Análise: 16/11/2021, GBC.

Consigno que não há qualquer indicação nos autos de que a vítima tivesse sido submetida a qualquer espécie de sugestcionamento, pressão ou induzimento para que reconhecessem o réu.

Em suma, o reconhecimento realizado na fase extrajudicial foi corroborado por outros elementos da prova produzida durante a instrução criminal, eventual não observância à recomendação dos artigos 226 e 227, do Código de Processo Penal não é relevante.

No caso dos autos, ainda que não tenha sido estritamente observado o disposto no artigo 226, do Código de Processo Penal, tal circunstância não tem o condão de configurar a alegada nulidade, como tenta fazer crer a r. Defesa.

Afasto a preliminar arguida e passo a analisar o mérito.

3 – Consta da denúncia, que no dia 18 de julho de 2023, por volta das 09h22min, na Rua Francisco Martins Feitoria, numeral 641, Bairro Lagoa Seca, no Município e Comarca de Mogi das Cruzes, o Apelante subtraiu, para si, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, contra Átila Gaby Covre, um aparelho de telefonia móvel (celular) de marca Xiaomi, modelo redmi note 10S, cor azul claro, avaliado em R\$ 1.145,00 (auto de avaliação a fl.23), bem de propriedade da vítima.

Segundo se apurou, quando dos fatos, Átila, menor, nascido em 17 de maio de 2010, caminhava com seu animal de estimação pela Rua Francisco Martins Feitoria, nas proximidades do numeral 641. Neste contexto, KAUAN desembarcou do veículo Voyage, cor branca, e, em um tom ameaçador, exibiu a arma de fogo na sua cintura, anunciando o assalto, ao verbalizar “passa o cachorro ou o

celular”. Átila se sentiu temeroso e, sem esboçar reação, entregou o celular para o recorrente.

Em posse do bem subtraído, o recorrente se evadiu do local no veículo Voyage.

A equipe da Polícia Militar foi informada, via 190, sobre a ocorrência e que o agente criminoso estaria conduzindo o veículo Voyage, cor branca, sendo indicado o número de placa inicial “F” e final “62”. Também foi indicada a vestimenta do indivíduo.

Com o início do patrulhamento, o veículo conduzido por KAUAN foi avistado transitando nas ruas da Cidade, sendo identificada a placa FUB1A62. Em torno das 13h40min do dia dos fatos, o automóvel foi localizado na rodovia Pedro Eroles. Assim, a equipe policial se deslocou até o local e já na rodovia Ayrton Sena avistaram o automóvel. Acionaram os sinais de parada luminosos e sonoros da viatura e de imediato o condutor do automóvel parou.

O condutor do automóvel foi identificado como sendo o ora recorrente e, durante a busca pessoal, foi localizado o celular de marca Xiaomi. Além do mais, na fase inquisitorial, Átila reconheceu KAUAN como sendo o autor do crime (fl.20).

O aparelho celular localizado na posse do Apelante foi apreendido e, posteriormente, avaliado e restituído para Átila.

A denúncia foi oferecida aos 21 de julho de 2023 (fls.71/73), e recebida em 24 de julho de 2023 (fls.78/80). O recorrente foi citado e apresentou defesa preliminar (fls.201/202).

A materialidade do fato está comprovada pelo auto de prisão em flagrante delito (fl.01); boletim de ocorrência (fls.09/12); auto de exibição e apreensão (fls.1617); auto de exibição, apreensão e entrega (fls.17/18); auto de reconhecimento (fl.20); auto de

reconhecimento de objeto (fl.21 e fl.22); auto de avaliação (fls.23/24), e pela prova oral produzida em Juízo, sob o crivo do contraditório.

A autoria também é inconteste.

O réu não compareceu para ser interrogado, sendo decretada sua revelia.

A vítima Átila Gaby Covre, ouvido em Juízo, afirmou que atualmente, 13 (treze) anos de idade e, quando dos fatos, estava passeando com seu cachorro pelas adjacências e, no momento em que fazia carinho em uma cachorra de uma casa vizinha ao seu prédio, o réu, dentro de um veículo, desembarcou, aproximou-se e o abordou com arma de fogo ostensiva e disse para passar o celular. Ele roubou apenas seu celular. De imediato voltou para sua residência e interfonou para avisar seus pais. Reconheceu o réu na Delegacia de Polícia. Afirmou que o réu praticou o crime com o rosto limpo, sem máscara. O réu ordenou para passar o celular ou o cachorro. Frisou que não teve dúvidas em reconhecê-lo na Delegacia de Polícia. O reconhecimento foi por meio de um vidro e tinha apenas uma pessoa. Pontuou que a arma estava na cintura do acusado e deu para ver o cano da arma de fogo quando o réu levantou a blusa. Em Juízo o reconheceu sem sombra de dúvidas.

A policial Beatriz Marandola da Silva, ouvida em Juízo, afirmou que houve o roubo e receberam as informações e imagens do crime. Visualizaram que o Apelante estava dentro de um automóvel, Logan, e que, no dia seguinte, receberam a informação que o veículo tinha passado na Enrique Eroles. Ao realizarem a abordagem o recorrente estava com o celular roubado e as mesmas vestimentas do momento do crime. O réu negou, num primeiro momento, mas depois confirmou a prática delitiva, porém negou estar armado. Afirmou que uma viatura

policial compareceu no local dos fatos e o condomínio e vizinhos forneceram imagens do local do crime. Aduziu que não foi houve o roubo e receberam as informações e imagens do crime. Visualizaram que o Apelante estava dentro de um automóvel, Logan, e que, no dia seguinte, receberam a informação que o veículo tinha passado na Enrique Eroles. Ao realizarem a abordagem o recorrente estava com o celular roubado e as mesmas vestimentas do momento do crime. O réu negou, num primeiro momento, mas depois confirmou a prática delitiva, porém negou estar armado. Afirmou que uma viatura policial compareceu no local dos fatos e o condomínio e vizinhos forneceram imagens do local do crime. Aduziu que não foi encontrada arma quando da abordagem, apenas um canivete.

O policial Humbert Santos Bueno, ouvido em Juízo, afirmou que coletou no local dos fatos imagens fornecidas pelos vizinhos locais e identificaram fragmento do emplacamento e características do veículo utilizado pelo réu. No dia seguinte receberam a informação de que o veículo estava passando pela Avenida Enrique Eroles e o abordaram. Com o réu localizaram a *res* e ele utilizava as mesmas vestimentas vistas nas imagens. Ele admitiu o crime e a vítima o reconheceu em sede policial.

Examinando a prova produzida, verifica-se que a manutenção da condenação é de rigor.

Diante desse contexto probatório, não há como acolher o pleito de absolvição.

A vítima narrou em detalhes a dinâmica dos fatos, relatou que foi abordado quando passeava com o seu animal de estimação. O réu mostrou a arma de fogo na cintura e subtraiu seu celular. O reconheceu na Delegacia, bem como em Juízo, sob o pálio do

contraditório e ampla defesa.

A declaração da vítima corrobora os indícios colhidos durante a fase inquisitorial, bem como o depoimento dos policiais responsáveis pela prisão do réu.

Nada há nos autos a indicar que a vítima tivesse qualquer razão ou motivo lógico para atribuir falsamente ao réu a autoria dos fatos.

Conforme sabido, a palavra da vítima tem relevo especial em delitos contra o patrimônio.

Neste sentido:

“APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO – TENTATIVA DE ABSOLVIÇÃO – AGENTES CONHECIDOS DA VÍTIMA – RECONHECIMENTO – PALAVRA SEGURA DESTA CORROBORADA POR DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS – CONDENAÇÃO MANTIDA – DIMINUIÇÃO DA PENA PARA O MÍNIMO LEGAL E MODIFICAÇÃO DO REGIME – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – ART. 59 E 33, § 3º DO CÓDIGO PENAL – IMPROVIDOS. A palavra da vítima, nos crimes contra o patrimônio, quando firme e corroborada por demais elementos de provas, é suficiente para embasar o decreto condenatório, máxime quando os agentes são vizinhos da mesma e não apontado nenhum motivo que justifique querer prejudicar os réus. (...)”. (TJMS - Apelação Criminal N. 2010.009597-6 - Campo Grande – Relator:Des. João Carlos Brandes Garcia -Publicação: 08/07/2010 - Nº Diário: 2231 -Órgão Julgador: 1ª Turma Criminal) (Grifo nosso).

Acerca do tema, Júlio Fabbrini Mirabete

ensina:

“Embora não seja testemunha, as declarações do ofendido constituem-se em meio de prova, sem, contudo, ter, normalmente, o valor da prova testemunhal diante do interesse no litígio. Todavia, como se tem assinalado na doutrina e jurisprudência, as declarações do ofendido podem ser decisivas quando se trata de delitos que se cometem às ocultas [...]. São também sumamente valiosas quando incidem sobre o proceder de desconhecidos, em que o único interesse do lesado é apontar os verdadeiros culpados” (Processo Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 547).

“APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS (ART. 157, § 2º, I E II, CP)– PLEITO ABSOLUTÓRIO – ARGUIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – NÃO ACOLHIMENTO – PALAVRA DA VÍTIMA EM CONSONÂNCIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS – RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL EM CONFORMIDADE COM O ART. 226 DO CPP.” (TJPR – 5ª C. Crim. – AC nº 1.199.404-4 – Rel. Des. Marcus Vinícius de Lacerda Costa – DJ 17/07/2014).

O depoimento dos policiais, apesar de não terem presenciado o roubo, foram responsáveis pela ocorrência, bem como são complementares e em conformidade com o que narrado pela vítima.

Como se sabe, inquestionável a validade dos depoimentos prestados por policiais. Nossos tribunais, inclusive, têm

decidido reiteradamente pela ampla validade dos aludidos depoimentos, ou seja:

“A jurisprudência desta Corte é firmada no sentido de que: “o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso” (HC n.477.171/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018). 4. A mudança da conclusão alcançada no acórdão impugnado, de modo a absolver o acusado, exigiria o reexame das provas, o que é vedado nesta instância extraordinária, uma vez que o Tribunal a quo é soberano na análise do acervo fático-probatório dos autos (Súmula n. 7/STJ). 5. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no AREsp 1770014/MT, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2020, DJe 15/12/2020).

“Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal.” (AgRg nos DEDcl no AgRg no AREsp 1.619.050/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/4/2020, DJe 4/5/2020).

Lado outro, a tese de negativa de autoria se mostra frágil e insuficiente para assegurar a absolvição do recorrente,

visto que não tem o condão de se sobrepor à palavra firme e coerente da vítima e testemunhas, somada às circunstâncias fáticas.

Com efeito, ao contrário do que afirma a r. Defesa do Apelante, a acusação restou comprovada com base nos elementos probatórios constantes nos autos, de forma a evidenciar a efetiva autoria da conduta imputada na denúncia.

Portanto, não há que se falar na absolvição.

Neste sentido, trago jurisprudência deste Egrégio Tribunal:

“EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – CRIME DE ROUBO – PRETENSA ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO TENTADO – ALEGADA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE E HARMÔNICO – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Mantém-se a condenação do agente pelo delito previsto no art. 157, caput CP quando o conjunto probatório mostra-se coerente e harmônico, sendo suficiente para a ensejar a condenação, não havendo se falar em insuficiência de provas [...]” (TJMS – Apelação Criminal n. 2010.026475-3/0000-00 – Rel. Des. Manoel Mendes Carli, julg. 13.12.10).

Insta consignar que Apelante sequer se preocupou em comparecer ao Juízo, apesar de citado, para contar a sua versão dos fatos e não trouxe aos autos qualquer prova que pudesse ilidir a sua responsabilidade, não obstante o esforço despendido e os argumentos oferecidos pela r. Defesa.

Assim, verifica-se que as teses apresentadas

pela r. Defesa não procedem, ao tempo em que o conjunto probatório mostra-se firme e apto a sustentar a condenação do recorrente, motivo pelo qual mantém-se a r. Sentença do r. Juiz *a quo*.

Do afastamento do emprego de arma de fogo

Com relação ao afastamento da arma de fogo, eis que não apreendida, não comporta acolhimento a pretensão Defensiva.

A causa de aumento de pena pelo emprego de arma de fogo foi comprovada pelas declarações da vítima, tanto em Juízo quanto na fase inquisitorial.

Sem embargo de respeitável entendimento em contrário, entendo que mesmo a ausência da arma empregada pelo agente na prática do roubo não obsta o reconhecimento da causa de aumento, desde que tal circunstância seja confirmada por prova idônea.

Nesse sentido:

"Roubo. Qualificadoras (concurso de pessoas e emprego da arma de fogo) devidamente comprovadas pelas declarações da vítima. Afastamento. Impossibilidade. Ausência de apreensão da arma. Desnecessidade. Emprego de revólver confirmado pela vítima. Suficiência para caracterizar a qualificadora" (Apelação Criminal nº 990.09.006639-3, Rel. Des. Pedro Menin, julgado em 26.05.09, VU).

Quanto a não apreensão da arma de fogo

utilizada no roubo, pacífico o entendimento no sentido da desnecessidade da apreensão e perícia de arma de fogo para configuração do aumento de pena.

Nesse sentido:

“EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL. PEDIDO DE EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO ARTIGO 157, §2º, I, DO CP. DECLARAÇÃO DA VÍTIMA APTA A COMPROVAR A UTILIZAÇÃO DA ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA. EMBARGOS PARCIALMENTE PROVIDO. Para configuração da majorante do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, é desnecessária a apreensão ou a perícia da arma de fogo quando outros elementos evidenciam a utilização do artefato na consumação do roubo, como é o caso da prova testemunhal. Se a pena base foi indevidamente exacerbada, deve ser reduzida ao mínimo previsto”. (TJMS; EI-ACr-Recl 2010.024859-1/0001-00; Dourados; Seção Criminal; Relª Desª Marilza Lúcia Fortes; DJEMS 09/05/2011; Pág. 35) (grifo nosso).

“HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 157, § 2º, I, DO CP. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA DO PETRECHO PARA COMPROVAÇÃO DA POTENCIALIDADE LESIVA. TESE PREVALENTE NA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE. 1. Segundo a orientação prevalente na Terceira Seção desta Corte, originada a partir do julgamento dos ERESP nº 961.863/RS (julgado em 13.12.2010), para a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, não há a

necessidade de apreensão da arma e submissão a perícia. 2. Em casos que tais, o efetivo emprego do artefato pode ser comprovado por outros meios, tais como as declarações da vítima ou depoimento de testemunhas, o que ocorreu no caso. 3. Ordem denegada”. (STJ; HC 176.262; Proc. 2010/0108802-8; SP; Sexta Turma; Rel. Min. Og Fernandes; Julg. 07/04/2011; DJE 09/05/2011) (grifo nosso).

Nessa linha é o entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal:

“ROUBO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA PARA A COMPROVAÇÃO DE SEU POTENCIAL OFENSIVO. DESNECESSIDADE. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. ORDEM DENEGADA”. (HC 96099, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 19/02/2009, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL- 02363-03 PP-00498).

“HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO AUMENTO DE PENA PREVISTO NO INCISO I DO § 2º DO ART. 157 DO CP. DESNECESSIDADE DA APREENSÃO E DA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA NA ARMA SE O SEU EMPREGO FOI COMPROVADO POR OUTRO MEIO DE PROVA. ROUBO CONSUMADO. INVERSÃO DA POSSE DA RES SUBTRAÍDA. PRECEDENTES. 1. A incidência da majorante do inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal prescinde

da apreensão da arma, desde que comprovado o seu uso por outros meios. 2. É firme a jurisprudência da corte no sentido de que “à consumação do crime de roubo é suficiente a verificação de que, cessada a clandestinidade ou a violência, tenha o agente tido a posse da coisa subtraída, ainda que retomada logo em seguida” (HC nº 94.243/SP, segunda turma, relator o ministro eros grau, dje de 14/8/09). 3. Habeas corpus denegado”. (STF; HC 106.610; MS; Primeira Turma; Rel. Min. Dias Toffoli; Julg. 01/02/2011; DJE 05/05/2011; Pág. 47) (grifo nosso).

Portanto, a causa especial do uso de arma ficou bem comprovada pela prova oral produzida, não podendo ser afastada.

Consigno, por fim que:

“O juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos.” (RJTJESP 115/207).

A propósito:

"4.2. "[...]” Esta Corte Superior de Justiça tem entendimento assente no sentido de que o julgador não é obrigado a refutar expressamente todas as teses aventadas pelas partes, desde que pela motivação apresentada seja possível aferir as razões pelas quais acolheu ou rejeitou as pretensões deduzidas. Precedentes" (EDcl no AgRg no AREsp n. 445.549/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 21/10/2016)" (STJ, AgRg no AREsp 1.354.257/MS – Quinta

Turma – Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik – DJe 26/9/2019).

DA DOSIMETRIA DA PENA

A pena foi fixada sob os seguintes fundamentos (fls.409/411):

“Em atenção às circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, reconheço ser possível depreender circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado, considerando a sua personalidade desajustada e voltada ao mundo do crime como meio de vida, conforme demonstra a certidão de fls.367/370. XXXXXXXX

Pois bem, a melhor doutrina define culpabilidade como o juízo de reprovação social de uma conduta penalmente típica e antijurídica praticada com potencial consciência da ilicitude do fato, quando seria possível ao agente portar-se e comportar-se de maneira diversa da praticada com a plenitude de suas faculdades mentais. Ora, pelo que se observa no caso concreto, o réu demonstrou, na hipótese vertente, ser frio, calculista e pouco preocupado com a condição humana da sua vítima, submetida a grave ameaça e intenso sofrimento emocional dada a utilização de armas de fogo à margem de uma tragédia maior com a eliminação da sua vida, de forma que a reprovação social da conduta deve ser rigorosa nos ditames da lei repressiva

Também é razoável inferir os seus maus antecedentes por conta da folha de Antecedentes e Certidões em anexo, motivo pelo qual a pena-base encontrada na fase do artigo 59 deve ultrapassar o mínimo legal em 2/3, atingindo o patamar de 06(seis)

anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 16 dias-multa.

Na segunda fase não incide nenhuma circunstância legal agravante ou atenuante em relação ao acusado.

Na terceira e derradeira fase da aplicação da reprimenda penal, considerando-se a presença de uma causa de aumento de pena previstas no parágrafo 2º-A, inciso I do artigo 157 do Código Penal, aplico a majoração da pena em 2/3, perfazendo 11 (onze) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 27 (vinte e sete) dias-multa.

O réu não faz jus ao apelo em liberdade, porquanto a custódia processual é necessária pela prolação deste "decisum", sendo imprescindível a sua introdução no cárcere para assegurar a ordem pública, finalidade precípua do ordenamento jurídico-penal, porquanto crimes violentos desta natureza causam perturbação e desequilíbrio na harmonia social da já combalida cidade de Mogi das Cruzes-SP, e, em liberdade, pode o autor voltar a delinqüir e afrontar a Segurança Pública local, aliás, conforme já fez. Inteligência do artigo 312 do Código de Processo Penal.

De outra parte, anoto que o réu iniciará o desconto da reprimenda corporal em regime fechado, mais apropriado aos praticantes da criminalidade violenta, como o roubo, não se coadunando o crime praticado com o regime aberto, ou semiaberto, pois a repressão ao ato de violência seria muito branda a quem comete crimes mediante violência física atentando não só contra o patrimônio, mas, também, contra a vida da vítima.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a denúncia para CONDENAR KAUAN FERNANDO DA SILVA GASPAR,

como incurso nas penas do artigo 157, parágrafo 2º-A, inciso I, do Código Penal, condenando-o à pena de 11 (onze) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, em regime fechado, além do pagamento de 27 (vinte e sete) dias-multa, no valor mínimo legal em razão da falta de elementos a aferir a real condição econômica do réu”.

A pena merece reparo. Senão vejamos.

Na primeira fase, a pena-base foi fixada na fração de 2/3 (dois terços) acima do mínimo legal, tendo em vista os maus antecedentes; culpabilidade exacerbada e personalidade desajustada.

A r. Defesa requer a fixação da pena-base no mínimo legal.

A pretensão merece ser acolhida.

Em relação à personalidade, ensina Guilherme de Souza Nucci: “*Conceito de personalidade: trata-se do conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte herdada, parte adquirida. 'A personalidade tem uma estrutura muito complexa. Na verdade é um conjunto somatopsíquico (ou psicossomático) no qual se integra um componente morfológico, estático, que é a conformação física; um componente dinâmico-humoral ou fisiológico, que é o temperamento; e o caráter, que é a expressão psicológica do temperamento (...) Na configuração da personalidade congregam-se elementos hereditários e sócio-ambientais, o que vale dizer que as experiências da vida contribuem para a sua evolução. Esta se faz em cinco fases bem caracterizadas: infância, juventude, estado adulto, maturidade e velhice*” (Guilherme Oswaldo Arbenz, Compêndio de medicina legal).

(Código Penal Comentado. 7. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 373).

Vê-se que o exame da personalidade do agente é tarefa complexa para o julgador, não se podendo considerar a circunstância desfavorável tão somente com a fundamentação na r. Sentença de Primeiro Grau, referente à prática reiterada de delitos por parte do acusado. Conforme já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, *“A circunstância judicial da personalidade não pode ser valorada negativamente se não existirem, nos autos, elementos concretos para sua efetiva e segura aferição pelo julgador”* (HC 193005/MT).

A culpabilidade, juízo de reprovação, não extrapola o tipo, que se justificaria caso houvesse circunstância excepcional, ou seja, um grau de reprovação acima do inerente ao delito de roubo.

O aumento da pena-base deve ser baseada em concreta fundamentação, sob pena de violação ao princípio da individualização da pena e da proporcionalidade.

Assim, considerando que nada de anormal foi realizado na conduta do Apelante além do que já se exige para a configuração do roubo, a circunstância acima mencionada deve ser afastada.

Quanto aos antecedentes, não vislumbro elementos concretos que configurem tal circunstâncias. A certidão acostada a fls.367/370 não traz informação suficiente, motivo pelo qual fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 04 (quatro) anos de

reclusão, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, fixados no mínimo legal.

Na segunda fase, diante da ausência de agravantes e/ou atenuantes, a pena resta fixada no mínimo legal, ou seja, em 04 (quatro) anos de reclusão, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, fixados no mínimo legal.

Na terceira e última fase, reconhecida a prática delitiva mediante emprego de arma de fogo, aumento a pena na fração de 2/3 (dois terços), tornando definitiva em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, e ao pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, fixados no mínimo legal.

Nos termos do que dispõe o artigo 33, parágrafo 2º, alínea *b*, do Código Penal, de rigor a fixação do regime inicial semiaberto.

Ressalto que o regime não se baseou em mera opinião do julgador, tampouco restou acima do que estabelecido em lei, de modo que o artigo acima supramencionado justifica o regime de semiliberdade.

Do prequestionamento

Ante as questões acerca do prequestionamento, saliento que não ocorreu ofensa a quaisquer dos dispositivos de lei invocados, de sorte que o posicionamento constante da r. Sentença representa a interpretação feita pelo MM. Magistrado quanto à matéria posta em discussão, revelando-se na forma de seu convencimento, pelo que não se deve cogitar negativa de vigência a tais dispositivos.

Afigura-se, portanto, desnecessária a abordagem pelo órgão julgador de todas as matérias debatidas ou dispositivos legais suscitados pelas partes, mesmo diante do prequestionamento.

Por fim, no tocante ao pedido de manifestação acerca dos dispositivos legais mencionados para fins de prequestionamento, verifica-se ter sido suficientemente discutidas e analisadas as matérias levantadas nas razões recursais, restando, pois, prejudicado o exame do prequestionamento.

Nesse sentido:

“APELAÇÃO CRIMINAL (RÉU PRESO). TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. [...] PREQUESTIONAMENTO. DISPOSITIVO QUE TRATA DE MATÉRIA EXAMINADA NO ACÓRDÃO. ANÁLISE PREJUDICADA. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO”. (TJ/SC - Ap. Crim. n. 2011.039009-9, de Palhoça, rel. Desa. Marli Mosimann Vargas, j. 22.3.12).

“O órgão julgador não está obrigado a rebater todas as teses defensivas, bastando que exponha, de forma fundamentada, as razões de seu convencimento. Precedentes”. (STF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª T., HC 107784/SP, julg. em 09.08.2011).

“O não-acatamento de todas as teses arguidas pelas partes não implica cerceamento de defesa, uma vez que ao

“julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que ele entender atinente à lide. Não está o magistrado obrigado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento” (STF, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., AI 847887 AgR/MG, julg. em 13.12.2011).

“O julgador não está obrigado a refutar expressamente todas as teses aventadas pela defesa, desde que pela motivação apresentada seja possível aferir as razões pelas quais acolheu ou rejeitou as pretensões da parte. Precedentes” (STJ, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., HC 212385/MG, julg. em 14.08.2012).

“A fim de se evitar o excessivo formalismo, torna-se desnecessário o prequestionamento explícito de todos os dispositivos legais invocados se o decisum mostra-se hábil a arredar as insurgências expostas nas razões do recurso”. (Apelação Criminal n. 2011.013295-4, de Palhoça, j. em 2-8-2011).

Da justiça gratuita

Cabível, no caso sob exame, a concessão dos benefícios da justiça gratuita ao Apelante, isto porque, fora assistido pela Defensoria Pública durante toda a instrução processual, o que faz presumir sua hipossuficiência e justifica a concessão da justiça gratuita e, por conseguinte, a isenção do pagamento das custas processuais em seu favor.

A propósito:

“EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE AGENTES. PRELIMINAR. NULIDADE. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. NÃO OBSERVÂNCIA DOS DITAMES LEGAIS. INOCORRÊNCIA. MÉRITO. ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA E NEGATIVA DE AUTORIA. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. MULTA. ISENÇÃO. NÃO CABIMENTO. DETRAÇÃO PENAL. CUMPRIMENTO REGULAR DAS MEDIDAS CAUTELARES. SEM PREVISÃO LEGAL. CONCESSÃO. BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUÍTA. PREQUESTIONAMENTO. 1. Omissis. 5. Faz jus à concessão do benefício da justiça gratuita, o apelante assistido, durante toda a instrução criminal, pela Defensoria Pública. 6. Omissis. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. ”(TJGO, PROCESSO CRIMINAL. Recursos – Apelação Criminal 50341387-54.2022.8.09.0051, Rel. Des (a). Adegmar José Ferreira, 1ª Câmara Criminal, julgado em 31/01/2023, DJe de 31/01/2023).

“APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. RECONHECIMENTO E DECLARAÇÕES DA VÍTIMA. VALIDADE. PALAVRA DA OFENDIDA CORROBORADA POR OUTROS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO. PROVAS FIRMES E SEGURAS QUE JUSTIFICAM A MANUTENÇÃO DO ÉDITO CONDENATÓRIO. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. NECESSIDADE DE OFÍCIO. HIPOSSUFICIÊNCIA COMPROVADA. RÉU ASSISTIDO POR DEFENSOR DATIVO. RECURSO NÃO PROVIDO. DE OFÍCIO, ISENTAS AS CUSTAS PROCESSUAIS. O

reconhecimento e as declarações da vítima, corroboradas por outros elementos de convicção, são provas suficientes para manter a condenação do réu pela prática do crime de roubo majorado. Os assistidos por defensores dativos, por serem hipossuficientes no sentido legal, devem ser isentos do pagamento das custas processuais. APR 10696130018224001 MG - Relator: Nelson Missias de Moraes. Julgamento: 11/06/2015. Órgão Julgador: Câmaras Criminais / 2ª CÂMARA CRIMINAL - Publicação: 22/06/2015) (grifo nosso).

4 – Ante o exposto, afasto a preliminar ventilada, e dou parcial provimento ao recurso interposto pela r. Defesa de Kauan Fernando da Silva Gaspar, para reduzir sua pena em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, e ao pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, estabelecidos no mínimo legal, fixar o regime inicial semiaberto, e para conceder os benefício da justiça gratuita e, por conseguinte, a isenção do pagamento das custas processuais, mantendo-se, no mais, a r. Sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

PAULO ANTONIO ROSSI
RELATOR