



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2022.0000513919

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1528426-31.2019.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante VALDINEI GOMES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO da Defesa apenas para afastar a reincidência, com o redimensionamento da pena aplicada ao apelante VALDINEI GOMES, estipulando-a, agora, em sete (7) anos, um (1) mês e dez (10) dias de reclusão, mais dezessete (17) dias-multa, mantida, no mais, a sentença impugnada.V.U. Sustentou oralmente a adva. dra. Gabriela de Castro Ianni. Usou da palavra o Exmo. Procurador de Justiça dr. Walter Tebet Filho", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FARTO SALLES (Presidente), EDUARDO ABDALLA E RICARDO TUCUNDUVA.

São Paulo, 30 de junho de 2022

FARTO SALLES

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

VOTO n°. 22.989

APELAÇÃO CRIMINAL n°. 1528426-31.2019.8.26.0050 (processo digital)

COMARCA: SÃO PAULO – 5ª VARA CRIMINAL DO FORO CENTRAL

APELANTE: VALDINEI GOMES

APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. Concurso de pessoas e emprego de arma de fogo. Preliminar. Acusado reconhecido pela vítima de forma segura. Inteligência do artigo 226 do Código de Processo Penal. Dispositivo legal que traz mera recomendação no sentido de ser o réu colocado ao lado de outras pessoas quando da realização do ato, algo diverso de obrigatoriedade. Tese defensiva há muito desgastada, a par de contrária a pacífica jurisprudência das Cortes Superiores. Precedentes. Rejeição. Mérito. Materialidade e autoria comprovadas. Seguras declarações da vítima, que reconheceu o apelante como autor do crime nas duas fases da persecução, a par dos relatos coesos do policial civil corroborando a acusação. Causas de aumento inquestionáveis. Descabida absolvição imprópria ou isenção de pena. Condenação mantida. Pena-base acima do piso em face de circunstâncias judiciais desfavoráveis representadas por antecedente desabonador e exacerbada culpabilidade. Reincidência afastada. Aumentos sucessivos em face das majorantes do roubo incensuráveis. Inteligência do artigo 68, parágrafo único, do CP. Precedentes do STJ. Redução de um terço da pena pela semi-imputabilidade do réu à época do crime, consoante artigo 46 da Lei de Tóxico. Regime inicial fechado único adequado ao roubo, no caso considerado de natureza hedionda, a par das majorantes e circunstâncias negativas reportadas



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

desnudando exacerbada culpabilidade incondizente com retiro menos severo. Apelo parcialmente provido.

VOTO DO RELATOR

Pela sentença observada a fls. 231/244, cujo relatório se adota, VALDINEI GOMES, qualificado nos autos, foi condenado a cumprir pena de oito (8) anos, seis (6) meses e dez (10) dias de reclusão em regime inicial fechado, bem como a proceder ao pagamento de multa no importe de vinte (20) diárias, unidade no piso, como incurso no artigo 157, §§ 2º, inciso II e 2º-A, inciso I, em combinação com o artigo 26, parágrafo único, ambos do Código Penal, vedada a apresentação de recurso em liberdade.

Inconformada, apela a Defesa (fls. 259), vindo as razões do reclamo a fls. 275/294. Sustenta, preliminarmente, a nulidade do reconhecimento fotográfico realizado pela vítima por violação ao artigo 226 do Código de Processo Penal. No mérito, postula a exclusão da culpabilidade diante da inimputabilidade do acusado. Subsidiariamente, busca a mitigação da pena-base, a substituição da carcerária por tratamento ambulatorial ou a imposição de regime prisional mais brando.

Regularmente processado o apelo, apresentaram-se as contrarrazões a fls. 302/307, tendo a ilustrada Procuradoria Geral de Justiça se manifestado a fls. 317/325, no caso, pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Inicialmente, não prospera a alegação de nulidade dos reconhecimentos concretizados, sendo certo que o apontamento fotográfico, na fase extrajudicial, por óbvio, não se submete às recomendações descritas no artigo 226 do Código de Processo Penal.

Em verdade, trata-se de elemento indiciário suficiente



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

para autorizar o início da persecução penal.

Ao contrário do alegado via apelo, consta do auto de reconhecimento fotográfico que, depois de descritos os sinais característicos dos agentes, mostraram-se à vítima “*fotografias de pessoas semelhantes*” antes de indicado o agente (fls. 09).

Por sua vez, a alegação de que a vítima teria sido “induzida” a reconhecer o réu em razão da circulação de imagens dele em grupos de WhatsApp sequer foi comprovada.

Não bastasse, além de a Defesa ao menos mencionar, demonstrar ou especificar prejuízo, observa-se que o reconhecimento efetuado na Delegacia **acabou confirmado em pretório** mediante apontamento pessoal, valendo destacar que a tese se mostra despropositada, desgastada e nitidamente tumultuária, mormente porque o artigo 226 do Código de Processo Penal traz mera recomendação no sentido de se colocar o réu diante de outras pessoas quando da formalização do ato (o texto legal aduz expressamente que tal diligência deve ser realizada “*se possível*”), algo diverso de obrigatoriedade, daí a inexistência de nulidade (RJDTACrim/SP 19/67 e 69; TACrimSP, Apelação Criminal 281.903; TJESP, Apelações Criminais n.ºs. 0016689-59.2009.8.26.0114, 0045257-27.2005.8.26.0114 e 90.08.026837-6).

A superada tese defensiva não encontra eco em pacífica e atual jurisprudência das Cortes Superiores, constatando-se às claras que “1. Não se proclama a existência de nulidade do ato de reconhecimento do agravante, visto que sua condenação está amparada em idôneo conjunto fático-probatório, notadamente nos depoimentos prestados na fase judicial, impondo-se notar que o reconhecimento realizado com segurança pelas vítimas, em juízo, sob o pálio do contraditório, prescinde das formalidades previstas no artigo 226 do Código de Processo Penal” (STJ, AgRg no Ag 972087/SC, Relator Ministro PAULO GALLOTTI).

“2. Ainda que não observado totalmente o disposto no



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

artigo 226 do Código de Processo Penal, não há se falar em nulidade, haja vista não se ter demonstrado eventual prejuízo, o qual nem ao menos se pode presumir, diante da existência de outras provas da autoria, devidamente judicializadas” (STJ, AgRg no REsp 1063031/PR, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA).

“3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que as disposições insculpidas no art. 226 do Código de Processo Penal configuram uma recomendação legal, e não uma exigência, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado o ato processual (reconhecimento pessoal) de modo diverso. Ademais, nos termos do entendimento firmado neste Tribunal, as disposições contidas no art. 226 do Código de Processo Penal consubstanciam-se em recomendações legais e não em exigências, não sendo causa de nulidade, notadamente se o reconhecimento foi realizado pelas vítimas e testemunhas em juízo, sob o crivo do contraditório, e amparado por outros elementos de prova, conforme ocorrido in casu (HC 302.302/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 15/9/2015, DJe 5/10/2015)” (STJ, AgRg no REsp 1243675/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado 23-8-2016, grifei).

Mais recentemente, destacou-se ser “[...] pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é legítimo o reconhecimento pessoal ainda quando realizado de modo diverso do previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, servindo o paradigma legal como mera recomendação (RHC 67.675/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJe 28/03/2016)” (STJ, HC 401761/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado 08-8-2017), algo reiterado em outros “modernos” julgamentos (STJ, HC 311080/SP, idêntica Relatoria, julgado 16-5-2017).

Superada a questão prejudicial, tem-se que o recurso deve vingar parcialmente diante do mérito.

Narra a acusação, resumidamente, que, na tarde do dia



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

18 de abril de 2.019, VALDINEI GOMES, em concurso com indivíduo não identificado e mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo contra *Meiry Luci Amorim da Costa*, subtraiu três notebooks e dois celulares pertencentes à empresa “Louvre Imóveis Ltda.” (fls. 38/40).

Feito o breve escólio, tem-se que o réu, ouvido somente em juízo, negou a acusação. Alegou que não conhecia a representante da empresa ou os policiais e se submetia a tratamento de dependência química. Admitiu ter conhecido algumas pessoas e cometido ilícitos para obter drogas, mas não se recorda dos fatos por estar sob a influência de entorpecentes. Disse ter permanecido quarenta e cinco dias fora de casa, sendo encontrado debaixo do viaduto pela família. Asseverou que, em ocasião posterior, policiais forjaram munições de arma de fogo para que delatasse um terceiro, mas nunca foi submetido a reconhecimento. Por fim, mencionou que os policiais tinham uma fotografia sua com indivíduo conhecido como “Turquinho” (*link* de mídia a fls. 216).

Todavia, a versão exculpatória, a par de inverossímil, acabou isolada.

Com efeito, declarou a ofendida *Meiry Lucy Amorim da Costa*, na Delegacia, que trabalhava na Imobiliária Louvre Imóveis, quando dois indivíduos entraram no local e anunciaram o roubo, um deles portando arma de fogo, sendo subtraídos do estabelecimento dois celulares e três notebooks. Na ocasião, percebeu que o marginal desarmado já esteve na Imobiliária anteriormente e, após o roubo, os assaltantes tentaram prendê-la no banheiro com outras pessoas que estavam no imóvel, mas se assustaram e fugiram. Reconheceu VALDINEI por fotografia sem sombra de dúvidas como o assaltante que portava a arma de fogo (fls. 08/09). Em juízo, manteve as declarações e ratificou o reconhecimento de VALDINEI, agora o apontando pessoalmente durante a audiência como um dos autores do roubo de forma segura. Mencionou que os marginais vestiam roupa social, visualizando a face do réu durante toda a ação, dizendo-lhe o apelante, inclusive, que “*pode olhar bastante,*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

eu não vou ser preso” (link de mídia a fls. 247).

Convém ressaltar, por oportuno, que, no campo probatório, a palavra da vítima é sumamente valiosa, pois visa unicamente a descrever a conduta de seu algoz e identificá-lo; vale dizer, ela não tem proveito em mentir, porquanto, se o fizer, pode, inclusive, incidir no crime de denúncia caluniosa, por dar causa à investigação da Polícia ou ao processo judicial.

Nesse tom, não se pode ignorar que, *“em sede de delito de roubo, as palavras da vítima são sumamente valiosas e não podem ser desconsideradas, máxime em crimes patrimoniais, quando incidem sobre o proceder de desconhecidos, pois o único interesse do lesado é apontar os verdadeiros culpados e narrar-lhes a atuação e não acusar pessoas inocentes”* (in RDJ, 43/233).

“Aliás, cediço que nos crimes patrimoniais, quase sempre praticados na clandestinidade, a palavra da vítima é sempre preponderante” (TJESP, Apelação nº. 0002137-44.2013.8.26.0213, Relator Desembargador IVO DE ALMEIDA, julgado 27-4-2015).

“Cediço que, em casos tais, a palavra da vítima assume máxima relevância, justamente porque, a par de se tratar de infração cometida, em regra, à sorrelfa, ausente interesse seu em increpar, graciosamente, o acionado” (TJESP, Apelação nº. 0031291-95.2012.8.26.0196, Relator Desembargador IVAN SARTORI, julgado 24-5-2016).

Curial ponderar que o reconhecimento fotográfico constitui prova inominada como tantas outras, que pode e deve ser considerada para a busca da verdade real (JULIO FABBRINI MIRABETE, Código de Processo Penal Interpretado, 10ª. Edição, pág. 604; TJESP, Apelação Criminal nº. 0016689-59.2009.8.26.0114, Relator Desembargador MARCO DE LORENZI).

Inclusive, o reconhecimento observado na Delegacia não pode ser ignorado para indicar a autoria do crime, notadamente quando



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

amparado por outros indícios e elementos seguros de prova (TJESP, Apelação Criminal nº. 0045257-27.2005.8.26.0114, Relator Desembargador LOURI BARBIERO, julgado 17-3-2011), como ocorre no caso sob análise, ainda mais com a **ratificação** do ato mediante apontamento pessoal firmado pela vítima **sob a garantia do contraditório (ocasião em que a ofendida novamente detalhou as vestimentas do acusado durante o roubo, a par de realçar ter visualizado bem o rosto do algoz).**

Não se olvide que “*Reconhecimento fotográfico é admissível para fazer prova em juízo, salvo se colhido por meio ilícito*” (STJ, REsp. 143061/SP – Recurso Especial 1997/0055083-4, Relator Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO).

De igual forma, decidiu o Supremo Tribunal Federal que “*A validade do reconhecimento fotográfico, como meio de prova no processo penal condenatório, é inquestionável e reveste-se de eficácia jurídica suficiente para legitimar, especialmente quando apoiado em outros elementos de convicção, como no caso, a prolação de um decreto condenatório*” (RT 677/422 – em igual sentido, outro julgado também da Suprema Corte, RT 542/433).

Ademais, com a ratificação do apontamento em juízo ante o **reconhecimento pessoal**, ficam superadas as questões atinentes à regularidade do ato realizado na fase do inquérito.

Corroborando a denúncia, narrou o policial civil *Renan Ramos Manzini* ter participado do reconhecimento fotográfico realizado pela vítima, sabendo, posteriormente, que VALDINEI foi preso por outro crime (link de mídia a fls. 247).

Frise-se que os esclarecimentos analisados se mostram harmônicos, coerentes, lógicos e livres de dúvidas, nada indicando animosidade ou intenção deliberada de prejudicar os recorrentes, além do que a lei não faz ressalva alguma relativa ao valor de versão trazida por policial.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Aliás, este Egrégio Tribunal de Justiça tem seguidamente proclamado que a circunstância de ser a testemunha agente de segurança pública não afeta o valor probante de sua palavra (TJESP, Apelações Criminais n.ºs. 0002253-17.2014.8.26.0439, Relator Desembargador IVAN SARTORI, julgado 15-12-2015, 0450599-29.2010.8.26.0000, Relator Desembargador PENTEADO NAVARRO, este com citação de vasta doutrina e decisões a respeito), sendo tranquila a jurisprudência em tal sentido (STF, HC n.º. 74.608-0/SP, Relator Ministro CELSO DE MELLO; RT 816/548; TJESP, Apelação Criminal n.º. 993.08.018758-4).

Sob enfoque diverso, a informante *Deni Oliveira Santos*, mulher do acusado, bem como as testemunhas *Fátima Isabel da Silva* e *Lucineia Batista Lopes*, amigas de *Deni*, nada acrescentaram, limitando-se a tecer comentários de cunho pessoal sobre VALDINEI, inclusive quanto à condição de usuário de drogas (*link* de mídia a fls. 247).

O quadro probatório, portanto, mostra-se robusto e torna inquestionável a autoria delitiva, sem necessidade de maiores considerações acerca da robustez do conjunto probatório, nada justificando a absolvição.

Igualmente, comprovadas as majorantes descritas na denúncia, algo sequer impugnado pela Defesa, destacado o firme relato da vítima sobre o concurso de agentes, com clara divisão de tarefas entre o réu e o comparsa não identificado, a par do emprego de arma de fogo para consecução do ilícito.

Descabida a aplicação de medida de segurança ou a isenção da pena com base no artigo 26 do Código Penal ou artigos 45 e 46 da Lei n.º. 11.343/06, porquanto não se demonstrou a inimputabilidade de VALDINEI, indicando o laudo de insanidade mental, ao reverso, que, “*ao tempo da ação sua capacidade de entender o caráter criminoso do fato estava preservada, porém havia prejuízo de sua autodeterminação...*” em razão de dependência química (fls. 175/184).

Diga-se que “*nem todo usuário de drogas e álcool é*

necessariamente inimputável, porquanto, não se pode confundir o consumo habitual dessas substâncias com a dependência química, sendo somente esta considerada enfermidade, ao seu turno, capaz de justificar a aplicação de medida de segurança ao sujeito que, ao tempo do delito, não detinha a capacidade de compreensão e autogoverno de seus atos. Como cediço, o Código Penal adotou o critério biopsicológico para a aferição da inimputabilidade aos portadores de deficiência mental (inclusive o alcoolismo e a toxicomania), não se bastando, para tanto, a presença isolada de transtorno psíquico, mas, simultaneamente, a carência de entendimento e autodeterminação, dele decorrentes” (TJESP, Apelação Criminal n°. 0005526-82.2013.8.26.0198, Relator Desembargador GUILHERME DE SOUZA NUCCI, julgado 01-3-2016, grifou-se).

Ademais, “Em sede de inimputabilidade (ou semi-imputabilidade), vigora, entre nós, o critério biopsicológico normativo. Dessa maneira, não basta simplesmente que o agente padeça de alguma enfermidade mental, faz-se mister, ainda, que exista prova (v.g. perícia) de que este transtorno realmente afetou a capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato (requisito intelectual) ou de determinação segundo esse conhecimento (requisito volitivo) à época do fato, i.e., o momento da ação criminosa” (STJ, HC 33401/RJ, Relator Ministro FELIX FISCHER).

Assim, demonstrada a materialidade e apurada a autoria do crime à exaustão, a condenação é a providência que se impõe, tendo a julgadora singular fixado a pena-base um quinto (1/5) acima do mínimo legal, a atingir quatro (4) anos, nove (9) meses e dezoito (18) dias de reclusão, mais doze (12) dias-multa em face de circunstâncias desfavoráveis representadas por antecedente desabonador (condenação por furto qualificado anterior, com trânsito em julgado posterior – processo n° 0011375-47.2020.8.26.0050 a fls. 116/117) e local do roubo, praticado “no interior de estabelecimento comercial e em plena luz do dia, o que evidencia a ousadia do agente e sua personalidade voltada à criminalidade” (fls. 241).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Incensurável o incremento, porquanto, como reportado alhures, os assaltantes ingressaram no estabelecimento em plena luz do dia, trajando roupa social para não levantar suspeitas, subjugaram a vítima e outras pessoas presentes, bem como tentaram trancá-las no banheiro antes da fuga (algo somente não verificado porque a ofendida gritou e eles se assustaram), tudo a intensificar o temor ínsito ao roubo, a par de o quadro denotar proeminente dolo ou exacerbada culpabilidade também a exigir maior reprovação.

Assevere-se que se mostra “[...] possível a majoração da pena-base em patamar acima do mínimo legal, quando as circunstâncias do crime ultrapassam o tipo penal, e o aumento respectivo se baseia em elementos concretos, devidamente expostos no decreto condenatório (maus antecedentes, ameaças de morte dirigidas contra as vítimas, violência física e psicológica)” (STJ, HC 385335/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, julgado **18-4-2017**, grifo e destaque apostos quando transcrição do aresto).

No mais, constata-se que o réu ostenta antecedente desabonador (condenação anterior pela prática de furto qualificado noticiada a fls. 116/117 – processo n°. 0011375-47.2020.8.26.0050).

A propósito, estão “[...] configurados os maus antecedentes sempre que, na data da sentença, o acusado registre condenação definitiva por delito anterior, independentemente do momento do seu trânsito em julgado, se anterior ou posterior ao crime em análise. 2. Nos termos da jurisprudência firmada no STJ, a exigência de que o trânsito em julgado da condenação antecedente preceda a prática do delito atual se aplica apenas para a caracterização da reincidência, nos termos do art. 63 do Código Penal” (STJ, REsp 1465666/MG, Relator Ministro JORGE MUSSI, grifou-se).

Mais recentemente, pontuou-se que “II - A condenação por crime anterior, com trânsito em julgado posterior à prática delitiva em apuração, justifica a valoração negativa da circunstância judicial dos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

antecedentes, lastreando a exasperação da pena-base” (STJ, HC 388624/RJ, Relator Ministro FELIX FISCHER, julgado 23-05-2017).

O Excelso Pretório dita a remansosa jurisprudência, deixando claro que não se pode “[...] confundir as noções de maus antecedentes com reincidência. *Os maus antecedentes representam os fatos anteriores ao crime, relacionados ao estilo de vida do acusado e, para tanto, não é pressuposto a existência de condenação definitiva por tais fatos anteriores. A data da condenação é, pois, irrelevante para a configuração dos maus antecedentes criminais, diversamente do que se verifica em matéria de reincidência (CP, art. 63)” (STF, HC 95585/SP, Relatora Ministra ELLEN GRACIE, grifei).*

Já na segunda etapa do cálculo, diante da reincidência específica (autos nº 0078495-20.2014.8.26.0050 a fls. 112), majorou-se a reprimenda de um quinto (1/5), obtendo-se cinco (5) anos, nove (9) meses e três (3) dias de reclusão, mais quatorze (14) dias-multa.

Todavia, de ofício, afasta-se a recidiva, porquanto a certidão a fls. 112 noticia a absolvição de VALDINEI, algo sequer notado pela Defesa.

No derradeiro momento da individualização, exasperou-se a sanção de um terço (1/3) para, na sequência, acrescê-la de mais dois terços (2/3) em virtude das causas de aumento representadas pelo concurso de pessoas e emprego de arma de fogo, perfazendo, agora, **dez (10) anos e oito (8) meses de reclusão, mais vinte e seis (26) dias-multa**.

Como é óbvio e clama a lógica, a duplicidade de “qualificadoras” deve propiciar acréscimos distintos para cada majorante, de modo a não se conferir ao apelante solução idêntica àquela observada diante de roubo cometido com única causa de acréscimo, num evidente e inaceitável desprezo aos princípios constitucionais da proporcionalidade, razoabilidade e individualização do “castigo”.

Solução diversa beneficiaria o acusado sobremaneira,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

sendo inaceitável a aplicação de incremento único, em desprezo a entendimento diverso do Superior Tribunal de Justiça diante da pluralidade de majorantes e, especialmente, a expresse texto legal (*a indicar o incremento de 2/3 decorrente do emprego de arma de fogo*).

Consoante decidido há pouco, “A teor do art. 68, parágrafo único, do Código Penal, a aplicação das causas majorantes e minorantes se dá sem compensação, umas sobre as outras, não sendo admissível a pretendida tese de incidência de única majorante dentre as aplicáveis. 2. Tendo sido o crime de roubo praticado com o efetivo emprego de arma de fogo e ainda mediante concurso de cinco agentes, correta foi a incidência separada e cumulativa das duas causas de aumento” (STJ, AgRg no HC 512.001/SP, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, DJe **29-8-2019** – grifou-se).

“O disposto no artigo 68, parágrafo único, do Código Penal, dá ao julgador discricionariedade e, com efeito, ninguém em sã consciência pode dizer que merece idêntica reprovação um crime de roubo com uma, com duas ou com três qualificadoras, em especial após a Lei nº 13.654/18” (TJESP, Apelação Criminal nº. 1501112-62.2018.8.26.0530, Relator Desembargador RICARDO TUCUNDUVA, julgado 05-09-2019 – grifou-se).

Ainda na terceira etapa do cálculo, mitigou-se a reprimenda de um terço (1/3) em razão da semi-imputabilidade noticiada no laudo pericial a fls. 175/184, chegando-se ao patamar definitivo de **sete (7) anos, um (1) mês e dez (10) dias de reclusão, mais dezessete (17) dias-multa**, unidade no piso, à míngua de outras causas modificadoras.

A redução operada afigura-se correta, isso porque “a capacidade de entender o caráter criminoso do fato estava preservada” (fls.175/184), apresentando o réu em juízo versão exculpatória apta a indicar plena consciência de seu agir sem prejuízo de sua determinação, tanto que negou a autoria com o claro intento de 'fugir' de sua



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

responsabilidade (JTACrimSP 87/376).

Incogitáveis a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos e a concessão de *sursis*, providências claramente inadequadas à repressão e prevenção do delito cometido com grave ameaça e violência, além do que o montante da carcerária (*superior a quatro anos de reclusão*) e as circunstâncias negativas reportadas tornam sem sentido maior realce da matéria (artigos 44, incisos I e III, 77, caput, inciso II, ambos do Código Penal).

De resto, mantém-se o regime inicial **fechado** para início de cumprimento da corporal, único adequado ao roubo, hoje considerado de natureza hedionda (artigo 1º, II, “b”, da Lei nº. 8.072/90, com a redação dada pela Lei 13.964/19), mostrando-se a solução indispensável à reprovação e prevenção do crime, notadamente em face das circunstâncias adversas e majorantes acima reportadas desvendando dolo exacerbado colidente com tratamento carcerário menos severo, conforme artigo 33, § 3º, do Código Penal.

Ressalte-se que a audácia e índole perniciosa do agente decorrem da própria conduta, responsável por intenso tormento social, afigurando-se injustificável regime diverso, considerado o caráter nocivo próprio daqueles que empregam violência ou grave ameaça para subtrair objetos, com imposição de trauma à vítima quase sempre de difícil ou até mesmo impossível reparação.

Isso, destaque-se, não representa mera opinião do julgador a respeito da gravidade do crime; a solução decorre, sim, de fato concreto facilmente constatado do quadro adverso antes especificado, representando a concessão de regime mais brando solução responsável pelo sentimento de impunidade, com conseqüente estímulo à prática de delito de indiscutíveis gravidade e repercussão (não raro, a vítima do roubo entra em estado de pânico, permanecendo atormentada e reclusa em casa por longo período, inclusive com drástica alteração do cotidiano, além de comumente necessitar de acompanhamento psicológico ou



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

mesmo psiquiátrico, algo que não pode ser ignorado quando da imposição do regime prisional como forma de se impor adequada reprovação à conduta e, pois, chegar-se à indispensável prevenção – situação que assume maior relevância diante de roubo cometido em concurso de agentes e mediante emprego de arma de fogo dentro do local de trabalho da vítima, peculiaridades a potencializar o temor ínsito ao crime).

Pondere-se que assim vem decidindo esta Egrégia Corte (TJESP, Apelação Criminal nº. 0014034-25.2009.8.26.0564, Relator Desembargador PENTEADO NAVARRO, julgado 19-05-2011), com lastro em reiterados julgados de pretórios pátrios (STF, HC 74.301-3/SP, Relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJU de 06-12-96, pág. 48.711; RTJ 123/547 e 151/212; RSTJ 65/384; RT 692/295, 697/313, 705/341 e 721/444; LexJTJ 186/286 e 188/315; RJDTACrimSP 7/153, 10/115-119, 15/159, 16/141-143-145, 17/165, 19/162, 22/365-379, 25/288, 27/165-197, 37/192-360-362, 39/258-290-571, 40/170-209, 41/255-262, 42/242-245, 43/222 e 44/80-137-243-443; JTAERGS 73/50).

“De outra parte, consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, fixada a pena-base acima do mínimo legal, porquanto reconhecidas as circunstâncias judiciais desfavoráveis previstas no art. 59 do Código Penal, é cabível a imposição regime prisional mais gravoso ao réu, a teor do disposto no art. 33, § 3º, do mesmo diploma legal” (STJ, HC 117.812/MG, sem grifo no original).

“3. Desfavoráveis as circunstâncias judiciais, não há ilegalidade na fixação de regime mais gravoso, como reiteradamente tem decidido esta Corte” (STJ, HC 91.822/SP, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO grifei).

“2. Com efeito, não é possível constatar flagrante ilegalidade na imposição do regime inicial fechado ao paciente, pois, embora a sua pena tenha sido fixada em patamar inferior a 08 (oito) anos de reclusão, a existência de circunstância judicial desfavorável, a exemplo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

dos maus antecedentes, indica que o modo mais gravoso de execução mostra-se adequado na espécie” (STJ, AgRg no HC 326343/RJ, Relator Ministro JORGE MUSSI, julgado 17-11-2015, sem grifo no original).

“Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada na reincidência ou nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal” (STJ, HC 343706/RJ, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado 13-9-2016, grifei).

“5. A fixação da pena-base acima do mínimo legal, tendo em vista a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, constitui fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo” (STJ, HC 362598/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado 15-9-2016).

“1. Embora o paciente tenha sido condenado à pena privativa de liberdade inferior a 08 (oito) anos, é reincidente, valendo frisar, outrossim, que as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal não lhe foram consideradas favoráveis, motivo pelo qual é inviável a fixação de regime diverso do fechado para o resgate da sanção corporal. Precedentes” (STJ, HC 360552/RS, Relator Ministro JORGE MUSSI, julgado 22-11-2016, grifei).

O emprego de arma de fogo, por si só, já bastaria não só para ensejar a majoração mais acentuada da sanção como, também, impor o regime prisional mais gravoso, tal como exaustivamente ressaltado nos julgados antes colacionados.

“2. Não obstante a estipulação da reprimenda final em patamar inferior a 08 (oito) anos de reclusão, encontra-se motivada a sujeição a regime mais gravoso quando alicerçado em elementos concretos, a despeito desses não terem sido empregados na fixação da pena-base, estabelecida no mínimo legal. Na espécie, ao Tribunal a quo salientou particularidade fática, destacando a gravidade do crime, 'praticado em



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

concurso de agentes, ocorrido em plena luz do dia, próximo de movimentado supermercado, e com o emprego de arma de fogo e restrição à liberdade do ofendido, o que certamente acarretou pânico e insegurança à vítima, situação que revela ousadia e temibilidade e se reveste de gravidade concreta' (fl. 52), o que traz para o palco dos acontecimentos um plus de reprovabilidade, impedindo o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena” (STJ, HC 359192/SP, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado 27-9-2016, grifei), solução também observada pelo mesmo Sodalício quando do julgamento do AgRg no AREsp 850178/SP de mesma Relatoria, ocorrido em 08-3-2016.

Aresto da Superior Instância não destoa, *in verbis*: “*Hipótese em que o regime inicial fechado, mais gravoso que as penas aplicadas comportam, foi determinado com base em fundamentação efetiva, ante a gravidade concreta do delito, notadamente acentuada pelo emprego de arma de fogo e pelo concurso de três agentes, denotando não só a maior periculosidade dos acusados, mas também uma ameaça maior à incolumidade da vítima. Precedentes” (STJ, HC 369733/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado 22-11-2016, sem destaque no original).*

À vista do exposto, pelo meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO** da Defesa apenas para afastar a reincidência, com o redimensionamento da pena aplicada ao apelante VALDINEI GOMES, estipulando-a, agora, em sete (7) anos, um (1) mês e dez (10) dias de reclusão, mais dezessete (17) dias-multa, mantida, no mais, a sentença impugnada.

Comunique-se.

FARTO SALLES

Relator

(Assinatura Eletrônica)