

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0303687-94.2013.8.05.0080 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELAÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. CRIME DE ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO POR TRÊS VEZES. ART. 157, § 2º, INCISO I (REDAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA), C/C O ART. 70, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PRELIMINAR DE NULIDADE. VIOLAÇÃO À REGRA DE RECONHECIMENTO PESSOAL PREVISTA NO ART. 226 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. AUTORIA COMPROVADA PELAS DECLARAÇÕES DA VÍTIMA E PELO DEPOIMENTO DAS TESTEMUNHAS. MÉRITO: AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. NÃO CABIMENTO. CRIME EFETIVAMENTE PRATICADO COM O ARTEFATO, QUE FORA APREENDIDO E PERICIADO. PATAMAR APLICADO EM 1/3 (UM TERÇO) CONFORME LEI VIGENTE AO TEMPO DO CRIME. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE PREVISTA NO ART. 66 DO CÓDIGO PENAL. CABIMENTO. SENTENCIADO QUE FICOU PARAPLÉGICO EM VIRTUDE DE HAVER TROCADO TIROS COM POLICIAIS MILITARES NO MOMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE. DANO FÍSICO PERMANENTE. ATENUANTE RECONHECIDA, SEM REPERCUSSÃO NO CÁLCULO DA PENA, EM OBEDIÊNCIA À SUMULA 231 DO STJ. PRISÃO DOMICILIAR. NÃO CABIMENTO. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DE EXECUÇÕES PENAIS. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, REJEITADA A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, PROVIDO PARCIALMENTE. 1. A alegação de nulidade do ato de reconhecimento do Acusado, sob o argumento de não terem sido observadas as formalidades previstas no art. 226 do CPP não merece guarida, porquanto ainda que o referido ato de reconhecimento possa, eventualmente, não ter observado exatamente os ditames legais, a condenação está devidamente justificada, uma vez que as demais provas produzidas ao longo da instrução criminal foram uníssonas em demonstrar a participação do Apelante. 2. Cumpre salientar que na hipótese em apreciação, após o flagrante, o Acusado fora conduzido ao hospital, por ter sido atingido por um tiro durante a ocorrência, ao resistir à prisão, atirando contra os agente policiais, não sendo possível o procedimento de reconhecimento pessoal nos moldes do art. 226 do CPP, na Delegacia, por esse motivo. Acrescente-se que em sede policial as três vítimas descreveram a pessoa a ser reconhecida, sendo-lhes exibidas fotografias, tendo elas reconhecido o Acusado, confirmando-se em juízo o reconhecimento. 3. Demonstradas a materialidade e a autoria delitivas, não há que se falar em absolvição por falta de provas, devendo ser mantida a condenação. 4. Improsperável a tese de exclusão da causa de aumento de pena correspondente ao uso de arma de fogo, porquanto o emprego do mencionado instrumento encontra-se incontestado nos autos, sendo inclusive apreendido e submetido à perícia. 5. A atenuante inominada prevista no artigo 66 do Código Penal deve se apresentar ao Magistrado como um fato qualificado, ocorrido em momento anterior ou posterior ao crime, revelando a existência de um grau menor de culpabilidade do agente em relação à prática da conduta, não importando se foi voluntário ou decorrente de força maior. No caso dos autos, a referida atenuante deve ser reconhecida, tendo em vista o grave estado de saúde em que se encontra o Acusado (paraplegia) causado por disparo de arma de fogo no contexto da ação delituosa, sem reduzir a pena aplicada em atenção ao teor da súmula 231 do STJ. 6. O pleito de concessão do benefício de prisão domiciliar não deve ser conhecido, sob pena de supressão de instância, notadamente porque é um benefício compatível com a fase de execução da pena (art. 117 da LEP) a ser requerido perante o juízo de execução penal. Por outro lado, o recolhimento do Apelante à prisão após o trânsito em julgado da

condenação, caso seja mantida, apresenta-se como condição excessivamente gravosa a impedir o pleito dos benefícios da execução, a exemplo da prisão domiciliar, sendo possível a expedição da guia de execução definitiva, independentemente do cumprimento do mandado de prisão. Nesse sentido, no momento processual oportuno, justifica-se a expedição da guia de execução, independentemente do cumprimento do mandado de prisão, a fim de possibilitar a análise do pedido de prisão domiciliar pelo Juízo competente. Precedentes do STJ e do STF. ACÓRDÃO Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0303687-94.2013.8.05.00801 da Comarca de SALVADOR/BA, sendo Apelante e Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em CONHECER EM PARTE, e na extensão conhecida, REJEITAR A PRELIMINAR DE NULIDADE, e DAR PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso de Apelação interposto pela Defesa, na forma do Relatório e do Voto constantes dos autos que integram este julgado. Salvador, 22 de Julho de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 5 de Agosto de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0303687-94.2013.8.05.0080 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo Acusado tendo em vista a irresignação com o conteúdo da sentença proferida pela Juíza de Direito da 3ª Vara Crime da Comarca de Feira de Santana, que o condenou pelo cometimento do delito de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo (por três vezes), fixando-lhe a pena definitiva em 06 (seis) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, em regime semiaberto, cumulada ao pagamento de 39 (trinta e nove) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, extinguindo a punibilidade do delito de resistência, previsto no art. 329 do CP, em virtude da ocorrência da prescrição, nos termos do art. 107, IV, do CP (id 55073951). Convém registrar que, anteriormente, em 12/08/2021, fora proferida Sentença condenatória do Acusado, ora Apelante, a qual fora objeto de anulação por este órgão julgador, consoante acórdão proferido em 21/07/2022, acostado ao id 31935366, sendo reconhecida a nulidade dos atos processuais a partir da decretação imotivada da revelia do Acusado e do prosseguimento da audiência de instrução, sem o seu interrogatório, configurando cerceamento de defesa. Reaberta a instrução, afinal, proferiu-se a Sentença de id 55073951, contra a qual o Apelante interpôs este Recurso de Apelação. Em suas razões recursais de id 55070954, a Defesa pugnou pela nulidade do reconhecimento feito em sede policial, sob a alegação de não terem sido observadas as formalidades exigidas no art. 226 do CPP. No mérito, requereu a absolvição, por falta de provas da autoria. Subsidiariamente, pediu a reforma da sentença para reconhecimento em favor do Apelante da atenuante genérica (art. 66 do CP) e afastamento da causa de aumento de pena (emprego de arma de fogo). Pugnou, ainda, pelo deferimento da prisão domiciliar ao réu, e prequestionou o art. 226 do CPP. No id 55073956, em contrarrazões, o Ministério Público requereu o conhecimento da apelação e, no mérito, o seu provimento parcial, merecendo reforma a sentença somente para o afastamento da majorante do emprego de arma de fogo, prevista no art. 157, § 2-A, II, CP. Abriu-se vista à Procuradoria de Justiça que, em parecer da lavra da Dra. , manifestou-se pelo "CONHECIMENTO do Recurso de

Apelação e, no mérito, pelo PROVIMENTO PARCIAL, tão somente para reconhecer a atenuante inominada prevista no art. 66 do CP, contudo, sem reduzir a pena aplicada em atenção ao teor da súmula 231 do STJ, mantendo-se inalterada a sentença nos demais termos” (id 64754384) Os autos vieram, então, conclusos. É o relatório. Salvador/BA, 22 de julho de 2024. Desa. Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0303687-94.2013.8.05.0080 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO I – PRESSUPOSTOS RECURSAIS DEVIDAMENTE CONFIGURADOS. CONHECIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO Inicialmente, cabe examinar a presença dos pressupostos recursais. Do exame dos fólios, constata-se que a Sentença (id 55073951) proferida em 26/10/2023 fora disponibilizada no DJE em 31/10/2023 (id 55073953), sendo o Sentenciado intimado no dia 06/12/2023 (id 55073961). Considerando que a Defensoria Pública interpôs o Recurso de Apelação em 30/10/2023 (id 55073954), resta assentada a sua tempestividade. II – DA PRELIMINAR DE NULIDADE POR OFENSA AO ARTIGO 226 DO CPP Alegou a Defesa que o reconhecimento do Acusado pela vítima, na Delegacia, teria se dado de forma irregular, não sendo adotadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal. No entanto, o argumento não se sustenta, inexistindo qualquer afronta ao art. 226 do CPP, não havendo que se falar em nulidade. Ao disciplinar o tema, a norma vigente afirma que o investigado será colocado ao lado de outras pessoas, com a finalidade de se proceder ao reconhecimento, desde que seja possível, não havendo, portanto, obrigatoriedade no cumprimento dessa recomendação legal. É o que se verifica da leitura do inciso II do art. 266 do CPP, in verbis: Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: (...) 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; (...) Após o flagrante, o Acusado fora conduzido ao HGCA – HOSPITAL GERAL , por ter sido atingido por um tiro durante a ocorrência (id 26229074), ao resistir à prisão, atirando contra os Policiais, não sendo possível o procedimento de reconhecimento pessoal nos moldes do art. 226 do CPP, na Delegacia, por este motivo. Entretanto, consoante se verifica nos depoimentos das vítimas , e em sede policial, acostados respectivamente aos id's 26229086/87, 26229089/90 e 26229092/93, ao comparecerem à Delegacia de Polícia, elas descreveram a pessoa a ser reconhecida como “moreno, alto, meio forte, usava bermuda preta e blusa amarela”, sendo-lhes exibidas fotografias, tendo elas reconhecido o Acusado, com segurança, a partir da fotografia constante na Carteira de Reservista apreendida com o Acusado, lavrando-se, então, os termos de reconhecimento constantes nos id's 26229088, 26229091 e 26229094, respectivamente. Acrescente-se que também em juízo, as vítimas reconheceram o Acusado como a pessoa que lhes roubara anteriormente. Ademais, ainda que o procedimento de reconhecimento não tenha sido realizado nos termos do art. 266 do CPP, verifica-se que o ato fora corroborado por outros elementos de provas, os quais já seriam suficientes, por si sós, para sustentar o decreto condenatório. Acrescente-se que a inobservância da regra procedimental prevista no art. 266 do CPP não deverá conduzir à nulidade do procedimento de reconhecimento. Nessa linha de inteligência, o Supremo Tribunal Federal perfilhou o entendimento no sentido de que o art. 226 do CPP não exige a colocação de outras pessoas juntas ao acusado, no momento do

reconhecimento, sendo tal medida recomendada sempre que seja possível a sua realização: Penal e processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Roubo majorado e extorsão. Condenação transitada em julgado. Reconhecimento pessoal. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. (...)

3. O entendimento desta Corte é no sentido de que “o art. 226 do Código de Processo Penal não exige, mas recomenda a colocação de outras pessoas junto ao acusado, devendo tal procedimento ser observado sempre que possível” (RHC 125.026-AgR, Rel^a. Min^a.). 4. Agravo regimental desprovido. (STF – HC: 227629 SP, Relator: , Data de Julgamento: 26/06/2023, Primeira Turma, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 27-06-2023 PUBLIC 28-06-2023) Na mesma direção, a 1a e 2a Turmas Criminais do eg. Tribunal de Justiça da Bahia: APELAÇÃO CRIMINAL. Roubo MAJORADO. (157, § 2º, inciso II e § 2º-A, inciso I, do Código Penal). PRELIMINAR DE NULIDADE. Reconhecimento pessoal. REGRAS DO ART. 226 DO CPP. Disposições meramente recomendatórias. nulidade inexistente. (...) APELO CONHECIDO, PRELIMINAR REJEITADA E IMPROVIDO. (...) 3. Não enseja nulidade processual o reconhecimento de pessoa realizada sem a observância estrita das formalidades elencadas no artigo 226, do Código de Processo Penal, pois suas disposições configuram recomendação legal, e não uma exigência absoluta, cuidando-se de mera irregularidade a prática do ato processual de forma diversa da prevista em lei. Preliminar rejeitada. (...) (TJ-BA – APL: 80008179720218050123, Relator: , SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 06/05/2022) APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DA DEFESA. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DA ARMA DE FOGO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA VARA DE EXECUÇÕES PENAS. NÃO CONHECIMENTO. PRELIMINARES: DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE E DA NULIDADE DA SENTENÇA EM FACE DA NÃO OBSERVÂNCIA ÀS FORMALIDADES DO ATO DE RECONHECIMENTO DE PESSOAS, PREVISTO NO ART. 226, DO CPP. REJEIÇÃO. (...) APELAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDA. (...) De outro modo, conforme entendimento jurisprudencial majoritário, não configura hipótese de nulidade a inobservância das formalidades previstas no art. 226 do CPP quando o reconhecimento é confirmado sob o crivo do contraditório e a vítima aponta, sem dúvidas, o réu como um dos autores do delito, mormente porque se está diante de recomendação normativa e não de exigência legal. (...) (TJ-BA – APL: 00428576320118050001 Segunda Câmara Criminal – Primeira Turma, Relator: , SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 16/12/2022) Sob essa perspectiva, conclui-se que a discussão sobre o reconhecimento feito na Delegacia não deve recair sobre o aspecto da validade, mas, sim, sobre o valor que essa prova possuirá na formação do convencimento do julgador, que sempre deve ser motivado. Em outras palavras, é possível afirmar que a realização do reconhecimento fotográfico não conduzirá à decretação da nulidade desse meio de prova, cabendo ao Magistrado sopesar esse elemento informativo com os demais elementos de convicção produzidos no curso da persecução criminal. Nessa esteira, embora admita-se que o reconhecimento fotográfico possa constituir um elemento de convicção com menor poder persuasivo, quando comparado ao reconhecimento presencial, já que realizado por meio de um procedimento mais simples, isso não acarretará na sua invalidação, na medida em que constitui meio de prova idôneo e legalmente previsto, inexistindo vedação normativa à sua utilização. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a validade e higidez do reconhecimento fotográfico, cuja apreciação deverá ser feita em consonância com as demais provas reunidas no curso do processo penal, colhidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 226 E 386, V e VII, AMBOS DO CPP. INOCORRÊNCIA. RECONHECIMENTO DEVIDAMENTE RATIFICADO EM JUÍZO E CORROBORADO POR OUTRAS PROVAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO ACÓRDÃO RECORRIDO. I – É entendimento de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta eg. Corte Superior que o reconhecimento de pessoa, seja presencial ou fotográfico, realizado na fase inquisitiva, é hígido para identificação do réu e fixação da autoria delitiva ante a corroboração por outras provas produzidas no curso processual, sob o pálio do devido processo legal, nos quais assegurados o exercício do contraditório e da ampla defesa. (...) (STJ – AgRg no REsp: 2007623 TO 2022/0182548–5, Data de Julgamento: 14/02/2023, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/03/2023) Ademais, consoante mencionado, a não apresentação do Acusado à unidade policial para realização do reconhecimento deveu-se unicamente à necessidade de ele ser levado ao hospital, onde foi submetido à intervenção cirúrgica, por ter sido alvejado por disparo de arma de fogo, ao resistir à prisão e trocar tiros com os Policiais no momento do flagrante. Desse modo, diversamente do que alega a Defesa do Apelante, ele fora reconhecido como o autor dos crimes de roubo pelas três vítimas, não havendo margem para suscitar qualquer dúvida, além de existir inúmeros outros elementos de provas para sustentar a condenação, respaldando e corroborando os reconhecimentos promovidos. Rejeita-se, assim, a preliminar suscitada pela Defesa. III – DO MÉRITO DO RECURSO DE APELAÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS 1) PLEITO DE ABSOLVIÇÃO O Recurso de Apelação interposto visa a reforma da sentença, pugnando pela absolvição do Apelante por insuficiência probatória do crime de roubo majorado. A denúncia descreveu os fatos da seguinte forma: Emerge dos elementos informativos colhidos nos autos do incluso inquérito policial que, no dia 12 de julho de 2013, por volta das 14:20 horas, na Rua Ipuacu, Bairro Campo Limpo, nesta Cidade, o Denunciado mediante grave ameaça exercida com uso de arma de fogo, subtraiu três aparelhos celulares de , Monike , e . Com efeito, detalhe o encarte que, no dia e hora acima declinados, montado em uma motocicleta, o denunciado abordou as vítimas, para as quais exibiu arma de fogo e anunciou o assalto, ordenando entregassem os aparelhos celulares e não gritassem, senão ele atiraria. Ato contínuo, o imputado apoderou-se dos celulares de cada uma das vítimas e empreendeu fuga do local. Devidamente acionada, a Polícia Militar empreendeu diligências que resultou na localização do ora denunciado que, ao avistar os milicianos, subiu no telhado de uma casa e efetuou um disparo de arma de fogo contra o policial , sendo certo que esse revidou, vindo a atingi-lo e detê-lo. Em seguida, foi o imputado levado ao Hospital Clériston Andrade, onde foi submetido a intervenção cirúrgica. Ainda segundo o procedimento inquisitorial, somente o aparelho celular de (um Motorola, modelo XT 389) foi recuperado, conforme Auto de fls.(...) Da análise dos autos, nota-se que há demonstração inequívoca da autoria e materialidade delitivas, que resultaram corroboradas por meio do auto de prisão em flagrante (id's 26229074/5); boletim de ocorrência (id's 26229083/84); termos de depoimentos das testemunhas em sede policial (id's 26229076/81) e em juízo (id 55073943, com gravação no Pje Mídias); termos de declarações das vítimas, na Delegacia (id's 26229086/87, 26229089/90 e 26229092/93) e em juízo (id 55073943, com gravação no Pje Mídias); termos de reconhecimento (id's 26229088, 26229091 e 26229094); autos de exibição e apreensão de 1 (um) Celular MOTOROLA, nº 8156-0434, sem o chip; 1 (uma) arma de fogo tipo revólver calibre 38, oxidado, Nº 1309316, da marca TAURUS, com 4 (quatro) projéteis e uma cápsula deflagrada; 1 (um) Capacete

da marca ASW nas cores preta e vermelha; 1 (uma) , de cor preta, de placa NZK-4786, com a chave e o CRLV rasurado (id's 26229095/96); auto de entrega do celular Motorola, modelo XT 389 à vítima ; Documento intitulado "Comunicação de Morte Decorrente de Intervenção Policial" (id's 26229098), no qual consta o registro feito pelos Policiais Militares SD/PM , SD/PM e SD/PM acerca da diligência que culminou com a troca de tiros com o Acusado, e com o ferimento deste, além dos laudos de exame periciais realizados na arma de fogo apreendida com o Acusado (id 26229151/52) e na arma de fogo da Polícia Militar, que realizou o disparo que atingiu o Acusado durante o flagrante policial (id 26229155/56). Nas duas oportunidades em que fora interrogado, o Acusado negou os fatos. Em sede policial afirmou acreditar que possa ter sido confundido com o irmão de prenome , que se parece com ele e já teve envolvimento com roubo. Em juízo, logo no início do ato de interrogatório, informou à Magistrada que presidia o ato que "não iria responder nada". Durante a sua qualificação afirmou que estaria aposentado por ter ficado paraplégico, em virtude dos fatos em apuração nestes autos. Ao ser questionado se os fatos constantes na Denúncia eram verdadeiros, negou. Em seguida, questionou à Magistrada: "a Polícia veio atrás de mim e eu troquei tiro com a Polícia, a Polícia atirou em mim, e cadê a arma que eu dei tiro na Polícia? Se eu usei arma no assalto e dei tiro, eu devia ficar com pólvora na mão. Falaram que eu tava com uma arma, e eu quero saber cadê a arma que eu tava?" Por fim, disse que a Polícia chegou querendo arrombar tudo, aí pulou pelo telhado, saiu correndo, e eles atiraram, dizendo que iriam matá-lo. Ao contrário do que sustenta o Apelante neste recurso, o conjunto probatório é apto a fundamentar o juízo condenatório. Em crimes contra o patrimônio, sabe-se que a palavra da vítima desfruta de importante valor probatório. No presente caso, as declarações das três ofendidas mostram-se elucidativas, consistentes e são corroboradas por todo o conjunto probatório. Ao ser ouvida em juízo, , a única que conseguiu recuperar o celular subtraído, confirmou suas declarações anteriormente prestadas, informando, consoante transcrito na Sentença: "Que estava fazendo um trabalho escolar do segundo ano do ensino médio e estava na rua e ao sair da casa, atravessou uma rua e do nada apareceu uma moto, ele estava acelerando muito, provavelmente para colocar medo nas vítimas e anunciou o assalto; que ele não apontou a arma, apenas mostrou; que o acusado mandou passar o celular e que se as vítimas não passassem, ele iria atirar; que pegou primeiro o de , que estava no meio e com o celular na mão, que a declarante e estavam com o celular no bolso; que correu que quando ele viu que tinha corrido, ele falou: "se você não parar agora, eu vou atirar", gritando; que a rua estava deserta, não tinha ninguém; que ele foi até Alice, pegou o celular dela e saiu; que o acusado não chegou a descer da moto; que o acusado estava sozinho na moto; que o acusado estava com capacete fechado, dava para ver a viseira, não dava para identificar; que conseguiu recuperar o seu telefone, mas suas amigas não; que não chegou a ter contato com o acusado na delegacia, fez reconhecimento por foto, no mesmo dia, pelo olhar dava para ver que era ele; que ele não tocou nas vítimas, não houve agressão física, não houve dano no celular, só retirou chip e capa; que uma das vítimas memorizou a placa e imediatamente ela voltou, e, para não esquecer, escreveu, o namorado dela foi até a base do George Américo fez a denúncia e elas também encontraram uma viatura no meio do caminho e informaram, eles falaram que já estava passando até na rádio deles mas não presenciaram a abordagem; que mais tarde estava na rede social e foi informada pelo irmão de uma das vítimas que elas estavam já que era para

ir para lá porque tinham encontrado o assaltante; que quando chegou na delegacia o acusado não estava, porque estava no hospital, soube que foi atingido por tiro; que soube que ele ficou com problemas de locomoção; que soube porque tem um vizinho que é conhecido dele; que acha que ele usa cadeira de rodas, não sabe dizer.(...)” (termo de declarações de com gravação no PJE Mídias) , outra ofendida, fez as seguintes declarações na fase judicial, consoante transcrito na Sentença: "Que estavam indo fazer um trabalho da escola, estavam a declarante, Alice e ; que a declarante estava de cabeça baixa, a rua estava deserta, parou a moto na sua frente, levantou a camisa, mostrou a arma e mandou passar o celular, se não ele ia matar as três; que ele fez a volta com a moto, nisso a declarante conseguiu gravar a placa; que ele pegou o celular de , pediu que não gritasse se não ia matar as vítimas; que depois ele saiu; que depois que ele saiu, elas foram para a casa de seu marido, passaram a placa da moto, foram até a sua casa; que depois passou uma guarnição, deram a placa, seu marido foi na base do George Américo com a declarante passou a placa e quando foram na casa de passaram para a guarnição de , encontraram e passaram também a placa; que foram para casa e depois ligou dizendo que tinha localizado, passou que era para ir para a delegacia prestar queixa e tomar as providências cabíveis, que prestaram a queixa e souberam que ele tinha sido alvejado pela guarnição; que ele tinha atirado no policial e o policial atirado também e deram continuidade; que fez o reconhecimento do acusado na delegacia por foto; que fez o reconhecimento da arma também; que não conseguiu recuperar o celular, só conseguiu; que ele não agrediu ninguém fisicamente; que não desceu da moto, estava sozinho".(termo de declarações de , com gravação no PJE Mídias). A vítima , fez as seguintes declarações na fase judicial, consoante transcrito na Sentença: "Que estava fazendo um trabalho da escola que quando estava saindo de lá, o assaltante parou a moto anunciou o assalto, falou para passar o celular, senão ia atirar nas vítimas, mostrou a arma; que passou o celular e também; que depois passou o celular; que gravou a placa da moto; que o acusado mostrou a arma para as vítimas; que foram na casa do namorado de , depois foram até a base do George Américo para falar do assalto, que quando estavam indo até a casa de , encontraram uma guarnição, então falaram; que quando estava indo para casa encontrou uma guarnição, o policial estava, informou a ele, ele já estava sabendo porque já tinha ido na base, só não sabe que tinha sido a declarante, que ele disse que ia procurar, que depois ele disse que tinha conseguido recuperar o celular e para que elas fossem prestar a queixa na delegacia, que assim fizeram; que não conseguiu recuperar seu telefone; que ele não agrediu nenhuma das vítimas nem desceu da moto; que fez o reconhecimento na delegacia por foto no celular que os policiais mostraram; que o acusado não estava na delegacia porque foi alvejado e estava no hospital".(termo de declarações de , com gravação no PJE Mídias). Durante a instrução criminal, ouviu-se os Policiais Militares que participaram da diligência que prendeu o Acusado, tendo estes feito os seguintes relatos: (...) que estavam em ronda no bairro Campo Limpo, quando fora informado de um assalto a três jovens, ao conseguir localizá-las, uma delas passou o número da placa que, após uma rápida pesquisa, forneceu um endereço. Ao se deslocarem até lá, afirma que, antes mesmo da abordagem propriamente dita, o denunciado tentou fugir pelo telhado, afirma, ainda, que o acusado disparou em sua direção, e, por essa razão, também realizou dois disparos sendo que um deles atingiu o acusado. (Termo de Depoimento do Policial Militar ; id 55073943, com gravação no PJe Mídias) (...) que não lembra muita coisa devido ao tempo;

que a CICON informou que havia um elemento fazendo uns assaltos na região do Campo Limpo; que chegando lá a gente perguntou à vítima se ela tinha pegado a placa da moto, e ela passou pra gente; aí pela placa da moto, a gente puxou o endereço; quando chegamos no local, a gente viu a moto e perguntou a uma menina de quem era a moto, tendo ela dito que era do irmão; nesse momento ele botou a cabeça; nós cercamos a casa, aí ele tentou fugir pelo telhado; nesse momento eu vi que ele estava armado, aí eu retornei; que ele disparou contra o colega, e o colega se defendeu; que encontramos o celular na residência, tendo uma das vítimas reconhecido o celular dela; que demos socorro a ele (Termo de Depoimento do Policial Militar ; id 55073943, com gravação no PJe Mídias) “Que a gente recebeu uma informação de que havia um indivíduo a bordo de uma motocicleta havia assaltado três jovens; que uma das vítima pegou a identificação do veículo que ele estava usando; que descobrimos o suposto endereço e nos deslocamos; quando chegamos na frente da residência estava a motocicleta citada na ocorrência; pedi ao Soldado Santana que aguardasse nos fundos da residência, para o caso de uma possível fuga; aí eu bati na porta, e quando ele percebeu que era a Polícia Miliar, ele fugiu pelo telhado e pulou o muro e saiu onde se encontrava o Soldado Santana; nesse momento eu ouvi estampidos de arma de fogo, aí eu arroteei e vi o indivíduo caído no chão, tendo o Soldado Santana falado que na fuga, o indivíduo disparou, e ele se defendeu, alvejando o indivíduo; que foi encontrado um aparelho celular no interior da residência onde o Acusado estava, tendo uma das vítimas identificado o celular como de sua propriedade (...) (Termo de Depoimento do Policial Militar ; id 55073943, com gravação no PJE Mídias) Com relação à prova testemunhal, em que pese as testemunhas ouvidas sejam policiais, tais depoimentos não podem ser desconsiderados, pois coerentes com as demais provas dos autos. De acordo com o entendimento consagrado pela doutrina e jurisprudência, a credibilidade de tais depoimentos somente pode ser afastada por prova estreme de dúvida, o que não ocorreu no caso em exame. Saliente-se que, embora os depoimentos tenham sido prestados por policiais, estes, como qualquer outra testemunha, assumem o compromisso de dizer a verdade (artigo 203 do CPP). Segundo a Jurisprudência, é válido o testemunho prestado por agente policial, não contraditado nem desqualificado, na medida em que provém de agente público no exercício de suas funções e não destoa do conjunto probatório. Corroborando tal entendimento, segue a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. No que tange ao pleito de absolvição ou desclassificação da conduta para o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, o acórdão combatido, ao manter a condenação pelo tráfico de drogas, consignou que o conjunto probatório aponta para a prática do crime, não somente em razão da substância apreendida (75 g de cocaína), mas também diante da prova testemunhal. 2. Assim, para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem e concluir pela absolvição ou desclassificação do crime de tráfico de drogas para o do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. 3. Ademais, esta Corte tem entendimento firmado de que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como

ocorreu na hipótese. Precedentes. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1840915/SE, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2021, DJe 21/05/2021). (Grifo nosso). Diversamente do que alega o Apelante, não há fragilidades ou contradições nas informações prestadas pelos policiais. A tese defensiva de que a participação do Apelante não se encontra comprovada revela-se fantasiosa, despropositada, e destoa por completo do material probatório carreado aos autos. A despeito de o Apelante negar a autoria delitiva, entendendo que esta encontra-se demonstrada, apenas revelando a expressão de legítimo direito constitucional de autodefesa, não sendo tal fato, por si só, capaz de ilidir as demais provas produzidas durante a instrução criminal. Na hipótese, observa-se que a decisão atacada mostra-se em perfeita harmonia com a prova colhida, inexistindo qualquer fragilidade capaz de maculá-la. Dessa forma, não logrou êxito o Acusado em comprovar suas alegações nem em desconstituir as provas existentes em seu desfavor, ônus exclusivo da Defesa, nos termos do art. 156 do CPP, sobretudo porque ele fora reconhecido pelas três vítimas, que também reconheceram a arma por ele utilizada – e que fora apreendida com ele no momento do flagrante –, além de um dos celulares subtraídos ter sido encontrado em sua residência, não havendo porque se cogitar de sua absolvição com base no princípio do in dubio pro reo. 2) PLEITO DE AFASTAMENTO DA MAJORANTE PELO USO DE ARMA DE FOGO Como tese subsidiária, pugnou a Defesa pela exclusão da causa de aumento relativa ao uso de arma de fogo, sob o argumento de que a prática do crime deu-se anteriormente à inovação legislativa de 2018, quando vigente a majorante prevista no revogado § 2º, inciso II, do artigo 157 do Código Penal. Aduziu a Defesa não ser possível a incidência da nova causa de majoração, prevista no art. 157, § 2º-A, inciso I, por ser norma mais gravosa, não podendo retroagir para prejudicar o réu por força da irretroatividade da lei penal mais gravosa, consagrada no art. 5º, inciso XL, da CRFB/1988 – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. Em que pese tenha o órgão de Acusação de 1º grau pugnado pelo afastamento da aludida majorante, em suas contrarrazões ao recurso de apelação, não é esse o entendimento mais acertado. Consabido que o fundamento da causa de aumento de uso de arma de fogo é o poder intimidatório que a arma exerce sobre a vítima, reduzindo-lhe ou até mesmo anulando-lhe a capacidade de resistir às investidas do agente. Na hipótese dos autos, o emprego da arma de fogo para a consumação do roubo encontra-se caracterizado, a partir da prova oral produzida, além de ter sido apreendido o artefato e periciado. Como bem decidiu a Julgadora a quo, o uso de arma de fogo restou cabalmente comprovado, aplicando-se, contudo, o patamar de majoração de pena de 1/3 (um terço), vigente na lei penal à época do fato, verbis: Quanto à majorante do emprego de arma de fogo, constato que todas as vítimas narraram o emprego de arma de fogo. Além disso, a arma de fogo foi apreendida, era verdadeira e podia realizar disparos, segundo atesta o laudo pericial (ID 187558905) (...) Presente uma causa de aumento de pena, decorrente do emprego de arma de fogo, aumento as penas em 1/3 (um terço), segundo a lei vigente ao tempo do crime, mais favorável ao réu, perfazendo 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa. Consabido que a Lei nº 13.654/2018, revogou o inciso I do art. 157, § 2º, do Código Penal Brasileiro (que previa o aumento de 1/3 se a violência ou ameaça fosse exercida com emprego de arma), e acrescentou-lhe o § 2º-A, I, passando a especificar que a majoração da pena apenas deve se dar mediante a utilização de arma de fogo pelo agente: § 2º-A A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços): I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma

de fogo; Desse modo, a abolitio criminis deu-se tão somente no concernente aos crimes praticados mediante utilização de arma branca. O crime de roubo mediante o emprego de arma de fogo deixou de ser previsto no inciso I do § 2º, mas continua a ser punido agora no inciso I do § 2º-A do mesmo artigo, sendo aumentado o quantum majorador de reprimenda em tal hipótese. Consabido que a nova posição topográfica dada à referida majorante do emprego de arma de fogo, em nada alterou a situação material quanto ao emprego de arma de fogo, uma vez que o referido uso de arma continua sendo causa de aumento, apenas prevista em outro dispositivo, e com uma fração de majoração maior, para os crimes cometidos a partir da referida alteração legislativa. Desse modo, mostrou-se correto o reconhecimento da causa de aumento referente ao emprego de arma de fogo, utilizando-se para tanto, o patamar de elevação de 1/3 (um terço), vigente na data dos crimes em apuração. Nesse sentido, colaciona-se os seguintes julgados: APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE PESSOAS E EMPREGO DE ARMA DE FOGO (ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL – ANTERIOR À REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 13.654/2018). SENTENÇA CONDENATÓRIA. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. 1. PLEITO DE DECOTE DA CAUSA DE AUMENTO DO USO DE ARMA DE FOGO POR AUSÊNCIA DE APREENSÃO DO OBJETO OU DE ANÁLISE PERICIAL. NÃO ACOLHIMENTO. PRESCINDIBILIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA DE ARMA DE FOGO UTILIZADA NA PRÁTICA DO CRIME DE ROUBO PARA A INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO. SUFICIÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS DE PROVA PARA DEMONSTRAÇÃO. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DO STJ, SUBMETIDO À SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS. RECONHECIMENTO DA MAJORANTE DO USO DE ARMA, IN CASU, CONSUBSTANCIADO NA PALAVRA FIRME E SEGURA DAS VÍTIMAS, CORROBORADO, DE CERTO MODO, PELA CONFISSÃO DO PRÓPRIO RÉU, QUE DISSE PORTAR UMA ARMA NO MOMENTO DO CRIME, APESAR DE AFIRMAR QUE A MANTEVE NA SUA CINTURA. (...) 3ª FASE: RECONHECIMENTO DA MAJORANTE DE USO DE ARMA DE FOGO, COM ACRÉSCIMO NA FRAÇÃO DE 1/3 (UM TERÇO). FRAÇÃO PREVISTA NO ENTÃO VIGENTE INCISO I DO ART. 157, § 2º, DO CP, DE REDAÇÃO ANTERIOR À DADA PELA LEI N. 13.654/2018. CRIME OCORRIDO EM 20/05/2017. PENA DEFINITIVA EM 05 (CINCO) E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO, ALÉM DE 16 (DEZESSEIS) DIAS-MULTA, À RAZÃO MÍNIMA, À MÍNGUA DE OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS E CAUSAS A CONSIDERAR. REGIME INICIAL SEMIABERTO. REPRIMENDA PENAL APLICADA OBEDECENDO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. PENA SEM RETOQUES. 3. DESPROVIMENTO DO APELO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. HARMONIA COM O PARECER. 1. Prescinde-se da efetiva apreensão e posterior perícia do artefato, que comprova seu poder lesivo, para o reconhecimento da majorante respectiva, bastando declaração firme da vítima sobre sua efetiva utilização na prática da conduta criminosa. Ora, se a palavra da vítima é suficiente para imputar a autoria, com maior razão o será para permitir que se reconheça a incidência de causas de aumento de pena. – No caso específico dos autos, o reconhecimento da majorante do uso de arma consubstancia-se na palavra firme e segura das vítimas, corroborado, de certo modo, pela confissão do próprio réu, que disse portar uma arma no momento do crime, apesar de afirmar que a manteve na sua cintura. O fato de não ter sido apreendida, não é motivo para desprezar tais depoimentos. – "A Terceira Seção desta Corte, quando do julgamento do EREsp n. 961.863/RS, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, firmou o entendimento no sentido de que, para a incidência da causa especial de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, mostra-se prescindível a apreensão e realização de perícia na arma utilizada na prática do crime de roubo, desde que seja comprovada a sua utilização na prática delituosa por outros meios de prova" (HC n. 425.790/SP, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em

6/2/2018, DJe de 15/2/2018) in (STJ – AgRg no HC: 762640 SP 2022/0247578-4, Relator: , Data de Julgamento: 06/06/2023, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/06/2023) 2. A dosimetria da pena não foi objeto de insurgência, tampouco cabe retificação a ser feita de ofício, eis que o togado sentenciante observou o sistema trifásico da reprimenda penal, obedecendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. – O acusado foi condenado pela prática dos crimes de roubo majorado pelo concurso de pessoas e emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal – anterior à redação dada pela Lei n. 13.654/2018). – Na primeira fase, ao analisar as circunstâncias judiciais, o magistrado fixou a pena-base em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, ao considerar, escorreitamente, a desfavorabilidade dos vetores “culpabilidade” e “antecedentes”. – Na segunda etapa, reconheceu as atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa do réu, e reduziu a pena ao mínimo legal, qual seja, 04 (quatro) anos de reclusão. – Na terceira fase, conforme explicitado, correto o reconhecimento da majorante de uso de arma de fogo operado na sentença, com acréscimo na fração de 1/3 (um terço) – conforme previsto no então vigente inciso I do art. 157, § 2º, do CP, de redação anterior à dada pela Lei n. 13.654/2018, tendo em vista o crime ocorrido em 20/05/2017 – de modo que torna-se definitiva a pena de 05 (cinco) e 04 (quatro) meses de reclusão, além de 16 (dezesesseis) dias-multa, à razão mínima, à míngua de outras circunstâncias e causas a considerar. Ressalta-se que a outra majorante especial (concurso de pessoas) foi computada na primeira fase da dosimetria, no vetor “culpabilidade”. (...) (TJ-PB – APELAÇÃO CRIMINAL: 0812901-49.2021.8.15.2002, Relator: Des. , Câmara Criminal) (grifos acrescidos) APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. EXCLUSÃO DA MAJORANTE. LEI 13.654/2018. NOVATIO LEGIS IN PEJUS. ULTRA-ATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. RECONHECIMENTO DA MAJORANTE DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE RAZÕES A JUSTIFICAR A EXASPERAÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO SUPERIOR AO MÍNIMO. INCIDÊNCIA DA MENOR FRAÇÃO PREVISTA. SÚMULA 443 DO STJ. 1 – Inviável o não reconhecimento da majorante referente à arma de fogo no crime de roubo, porquanto a redação da Lei nº 13.654/2018 manteve referida causa de aumento, no art. 157, § 2-A, I, do CP, apenas modificando o patamar a ser aplicado, hipótese em que passou a ocorrer continuidade normativa típica, que ocorre quando uma norma penal é revogada, mas a mesma conduta continua prevista em outro dispositivo, ainda que importe em atenuação ou agravamento da pena. 2– Tratando-se de lei posterior menos benéfica ao réu, deve ser operada a ultra atividade da lei anterior, para que seja aplicada a regra do revogado inciso I do art. 157, § 2, CPB, que previa o aumento de apenas 1/3 da pena. 3– No caso concreto, foi equivocada o entendimento do juízo de origem ao afastar a majorante do emprego de arma de fogo. Com efeito, ainda é possível a condenação por esta espécie de roubo circunstanciado ocorrida antes da vigência da Lei 13.654/2018, desde que nos termos do dispositivo legal anterior, de modo a observar o princípio da não retroatividade da lei penal mais gravosa, nesse caso a lei anterior é mais benéfica do que a lei anterior. 4– Assim, assiste razão ao Ministério Público do Segundo Grau, na medida em que, no caso em tela, o crime de roubo foi praticado pelo apelado anteriormente a alteração trazida pela Lei 13.654/2018, de 23/04/2018. Assim, à luz do princípio da ultratividade da lei mais benéfica, deve ser aplicado o regramento anterior, vigente à época dos fatos, disposto no art. 157, § 2º, I, do CP, cujo aumento era de 1/3. 5– Recurso conhecido e provido (TJ-AM – APR: 02165951720148040001 AM

0216595-17.2014.8.04.0001, Relator: , Data de Julgamento: 02/04/2020, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: 02/04/2020) (grifos acrescidos) Assim, inviável a exclusão da causa de aumento do uso de arma de fogo, mostrando-se acertada a decisão recorrida ao condenar o Sentenciado ao crime de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo. 3. DOSIMETRIA DA PENA 1ª Fase: Analisando as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, foi fixada a pena-base no mínimo legal, em 04 (quatro) anos de reclusão, associada ao pagamento de 10 (dez) dias-multa. 2ª Fase: Pugnou a Defesa pelo reconhecimento da atenuante inominada prevista no art. 66 da Lei Penal vigente, sob o argumento de que existiu circunstância relevante posterior ao cometimento do crime, a qual culminou na hospitalização do Acusado, e na sua paraplegia irreversível. De acordo com o dispositivo invocado pela Defesa, a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei. Sobre a circunstância atenuante inominada, os doutrinadores entendem: Pode ainda a pena ser atenuada por circunstância não prevista expressamente em lei. É atenuante facultativa, de conteúdo variável, que permite ao juiz considerar aspectos do fato que merecem atenção por indicarem uma culpabilidade menor do agente. Há falha no dispositivo que não se refere às circunstâncias concomitantes com o delito, mas evidentemente devem ser elas consideradas, por analogia, diante da lacuna involuntária da lei, que se revela por se ter feito constar essa possibilidade da exposição de motivos do projeto que se transformou na Lei nº 7.209/84. A rigor, porém, o juiz pode considerar na fixação da pena qualquer circunstância do crime, diante do disposto no art. 59, orientador da escolha da pena base. São circunstâncias que podem ser consideradas na atenuante inominada o arrependimento sincero do agente, sua extrema penúria, a recuperação do agente após o cometimento do crime, a confissão, embora não espontânea, ter o agente sofrido dano físico, fisiológico ou psíquico em decorrência do crime, ser portador de doença incurável etc.1 (grifo acrescido) (...) trata-se de circunstância legal extremamente aberta, sem qualquer apego à forma, permitindo ao juiz imenso arbítrio para analisá-la e aplicá-la. Diz a lei constituir-se a atenuante qualquer circunstância relevante, ocorrida antes ou depois do crime, mesmo que não esteja expressamente prevista em lei. Alguns a chamam de atenuante da clemência, pois o magistrado pode, especialmente o juiz leigo no Tribunal do Júri, levar em consideração a indulgência para acolhê-la. Um réu que tenha sido violentado na infância e pratique, quando adulto, um crime sexual (circunstância relevante anterior ao crime) ou um delinquente que se converta à caridade (circunstância relevante depois de ter praticado o delito) podem servir de exemplos.2 (grifo acrescido) A esse respeito, veja-se o seguinte precedente: PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO USO DE ARMA BRANCA. RECURSO DA DEFESA. DOSIMETRIA. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE INOMINADA. VIABILIDADE. REDUÇÃO DA PENA. DADO PROVIMENTO AO RECURSO DA DEFESA. 1. A atenuante inominada prevista no artigo 66 do Código Penal deve se apresentar ao Magistrado como um fato qualificado, ocorrido em momento anterior ou posterior ao crime, revelando a existência de um grau menor de culpabilidade do agente em relação à prática da conduta, não importando se foi voluntário ou decorrente de força maior. 2. No presente caso, referida atenuante deve ser reconhecida, tendo em vista que o apelante foi linchado logo após a prática do crime de roubo de tomada de celular de uma mulher, o que revoltou os populares, os quais fizeram com que ele tivesse 03 (três) costelas quebradas e necessitasse de atendimento hospitalar, motivo pelo qual sua pena deve ser reduzida na

segunda fase, na fração de 1/6 (um sexto). 3. Dado provimento ao recurso da Defesa. (TJ-DF 07129269320208070003 DF 0712926-93.2020.8.07.0003, Relator: , Data de Julgamento: 04/02/2021, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no PJe : 23/02/2021 . Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Encontra-se comprovada nos autos a situação de paraplegia do Apelante – consoante Relatório Médico acostado ao id 26229169, além dos documentos médicos (id's 26229172 e 26229181) e fotografia (id 26229188) –, que fora causada por disparo de arma de fogo feito por um dos Policiais Militares, que reagiu aos disparos feitos pelo próprio Acusado, quando este resistiu à prisão, incorrendo no delito de resistência, cuja prescrição fora reconhecida na Sentença. Em que pese tal confronto com a Polícia tenha sido ocasionado pelo próprio Apelante, não se pode negar que a sua atual condição de saúde constitui-se em um grave dano físico, em decorrência do crime por ele cometido. Essa situação é reportada pela genitora do Acusado, ao ser ouvida em juízo, bastante emocionada e chorando: (...) que antes desse processo o réu não tinha envolvimento em outros crimes e que em razão desse fato ele ficou paraplégico, que o réu caiu do telhado da casa dele, só tinha sido preso uma vez com o irmão, mas ele não tinha nada a ver e hoje está inutilizado, mas antes ele tivesse morrido, ele fica só na cama, nem pra cadeira de rodas ele vai, não levanta pra lugar nenhum, nem pra cadeira de roda ele vai, a bunda dele tá só o osso, e agora essa ferida do lado (...). Dessa forma, com esteio no parecer da douta Procuradora de Justiça ao entender que “o grave estado de saúde em que se encontra o réu deve ser reconhecido como circunstância atenuante inominada prevista no art. 66, do Código Penal Brasileiro, dado estar presente o nexo de causalidade, notadamente porque o disparo de arma de fogo causador da paraplegia ocorreu no contexto da ação delituosa e, indubitavelmente, causou o dano irreparável ao réu”, aplico a circunstância atenuante prevista no art. 66 do Código Penal. Contudo, com o reconhecimento da aludida atenuante em questão, não haverá reflexo no caso concreto, dado que a pena-base fora estipulada no mínimo legal. A incidência da atenuante no cálculo da pena conduziria à fixação da pena, nesta fase, abaixo do mínimo legal, contrariando o entendimento das Cortes Superiores de que a incidência de circunstâncias atenuantes não pode reduzir a pena privativa de liberdade aquém do mínimo legal, nem mesmo de forma provisória. Como se sabe, a matéria já se encontra sumulada no STJ, conforme o Enunciado nº 231, in verbis: A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal, entendimento com o qual me filio, não sendo possível o afastamento desse entendimento, como pretende o Apelante. Desse modo, fica mantida como intermediária a pena-base fixada.

3ª Fase: Presente a causa de aumento de emprego de arma de fogo, mantido o aumento das penas em 1/3 (um terço), segundo a lei vigente ao tempo do crime, perfazendo 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa. Diante do concurso formal de crimes, tratando-se de três infrações, aumenta-se as penas em 1/5 (um quinto), perfazendo assim 06 (seis) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e 39 (trinta e nove) dias-multa, na forma do disposto no art. 72 do Código Penal.

DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. Levando-se em conta a quantidade de pena aplicada – 06 (seis) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão – fica mantido o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, bem como o direito de o Apelante recorrer em liberdade.

DA PRISÃO DOMICILIAR A Defesa formulou ainda pleito de concessão do benefício da prisão domiciliar, com base no art. 117, inciso II, da Lei de Execucoes Penais, em virtude de ser o Apelante pessoa

acometida de doença grave, necessitando de cuidados para todos os atos da vida, razão pela qual o seu recolhimento em unidades prisionais da Bahia, em especial no Conjunto Penal de Feira de Santana, ofenderia o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Consabido que a prisão domiciliar, no curso do processo, é uma medida cautelar de prisão domiciliar, imposta como alternativa à prisão preventiva (art. 118 do CPP) e, após o trânsito em julgado, a prisão domiciliar prevista na Lei de Execucoes Penais, é permitida ao condenado que cumpre pena em regime aberto e que se encaixa em alguma das condições do art. 117 da referida Lei. Entretanto, apesar de a prisão domiciliar humanitária disposta no art. 117 da LEP ser voltada apenas aos acusados submetidos ao regime aberto, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o aludido benefício pode ser concedido também nos regimes semiaberto e fechado, em hipóteses excepcionais, dada a gravidade das circunstâncias do caso concreto. Confira-se: "(...) 1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento no sentido de que embora o art. 117 da Lei de Execucoes Penais estabeleça como requisito para a concessão de prisão domiciliar o cumprimento da pena no regime prisional aberto, é possível a extensão do benefício aos Condenados recolhidos no regime fechado ou semiaberto desde que demonstrada a excepcionalidade do caso concreto que demonstre a imprescindibilidade da medida, situação afastada pelas instâncias ordinárias, no caso em exame. (AgRg no HC n.º 592.361/DF, Rel. Ministra , Sexta Turma, DJe 1/3/2021) No caso em julgamento, estando o Acusado em liberdade, o seu pleito refere-se à fase de execução penal, cuja concessão, como já dito, está condicionada ao cumprimento dos requisitos previstos no art. 117 da LEP, devendo esta ser feita, a priori, pelo Juízo da Execução, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância. Por outro lado, o recolhimento do Apelante à prisão após o trânsito em julgado da condenação, caso seja mantida, apresenta-se como condição excessivamente gravosa a impedir o pleito dos benefícios da execução, a exemplo da prisão domiciliar, sendo possível a expedição da guia de execução definitiva, independentemente do cumprimento do mandado de prisão. Nesse sentido, o STJ entende que havendo a expedição da guia de execução definitiva, ainda que não recolhido o recorrente, inaugura-se a competência da Vara da Execução Estadual, a quem cabe a análise dos pleitos defensivos, que, inclusive, estão em andamento para a elaboração do devido exame técnico. Veja-se: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO SIMPLES. REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. CONDENADO QUE NÃO SE RECOLHEU AO CÁRCERE. EXPEDIÇÃO DA GUIA DE EXECUÇÃO. PECULIARIDADES DO CASO EM APREÇO QUE CONDUZEM À POSSIBILIDADE. RECURSO DO MPF NÃO PROVIDO. 1. Como registrado na decisão impugnada, a qual nesta oportunidade se confirma, as instâncias ordinárias consideraram que, diante do art. 105 da LEP e do art. 674 do CPP, a competência do juízo da execução só se inauguraria com o recolhimento ao cárcere da pessoa cuja condenação transitou em julgado, o que ainda não se observou quanto ao então recorrente. 2. Consta o trânsito em julgado de condenação do ora agravado a pena de sete anos de reclusão pelo crime de homicídio simples, reconhecida a reincidência, em regime inicial que seria o fechado, não fosse o lapso anterior em prisão preventiva, e que o réu ainda não foi recolhido ao cárcere. 3. Com efeito, os arts. 105 da Lei n. 7.210/1984 e 674 do Código de Processo Penal estipulam que, "transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução". 4. Nesses termos, a expedição da guia de recolhimento demandaria

o prévio recolhimento do réu ao cárcere, para então viabilizar o pleito de direitos e benefícios ao juízo da execução.⁵ Na descrita hipótese, porém, nota-se lacuna que impede o réu de formular seus pleitos perante qualquer autoridade judiciária. Tal situação destoa da garantia constitucional contida no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito –, bem como no art. 8º, item I, da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica, o qual dispõe que toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.⁶ Esta Corte enfrentou a questão em circunstância análoga, na qual a letra fria da lei foi superada pela Sexta Turma, por maioria, para evitar constrangimento ilegal decorrente da imposição de prévio recolhimento do réu para somente então abrir-se o acesso aos benefícios da execução.⁷ Segundo tal entendimento, pondera-se que, em determinadas circunstâncias, excepcionais e específicas, é possível que a condição de prévio recolhimento do réu ao cárcere para início da execução penal crie peculiaridades que se mostram manifestamente desproporcionais e não razoáveis.⁸ Também a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em situação semelhante à hipótese, determinou a expedição da guia de execução em favor do paciente.⁹ A hipótese dos presentes autos é semelhante à dos precedentes transcritos, em que o prévio recolhimento à prisão, apenas para que a defesa possa submeter o pedido de benefícios relativos ao cumprimento da pena, torna a condição excessivamente onerosa. ¹⁰ Isso porque, no caso específico destes autos, a defesa afirma o pleito de diversos benefícios, como ajuste do estabelecimento prisional, detração da pena, progressão de regime, remição por trabalho e estudo, livramento condicional.¹¹ Assim, apesar dos argumentos apresentados pelo órgão ministerial, não há elementos que justifiquem a reconsideração do decisum.¹² Agravo regimental do MPF não provido. (AgRg no RHC n. 185.374/SP, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 12/9/2023, DJe de 18/9/2023.) (grifos acrescidos) AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA OTRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO DOMICILIAR HUMANITÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 654, § 2º, DO CPP. CONDENÇÃO DEFINITIVA. RÉU EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO. NÃO RECOLHIMENTO À PRISÃO. ÓBICE AO INÍCIO DA EXECUÇÃO PENAL. PRETENSÃO DE OBTENÇÃO DE PRISÃO DOMICILIAR (ART. 117, II, DA LEP). IMPOSSIBILIDADE DE ACESSO AO JUDICIÁRIO. CIRCUNSTÂNCIA EXCEPCIONAL QUE JUSTIFICA EMISSÃO DE GUIA DE EXECUÇÃO INCONDICIONADA À PRISÃO. 1. A questão referente ao direito do condenado ao cumprimento da pena em prisão domiciliar não comporta conhecimento, na medida em que o pleito não foi sequer apresentado às instâncias ordinárias, o que impede a sua análise diretamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. 2. Como é cediço, o habeas corpus não admite dilação probatória e a concessão do benefício pleiteado a quem se encontra definitivamente condenado ao cumprimento da pena em regime fechado, por interpretação extensiva do art. 117, II, da Lei de Execução Penal, exige prova inequívoca de que o apenado esteja gravemente debilitado, com efetiva impossibilidade de receber tratamento adequado no estabelecimento. 3. Na hipótese, contudo, inferindo-se a plausibilidade jurídica do pedido, deve a ordem ser concedida, de ofício (art. 654, § 2º, do CPP), a fim de que o pleito possa ser examinado pelo

Juízo da execução, sem que o condenado tenha que se recolher à prisão. 4. Sendo o prévio recolhimento à prisão condição excessivamente gravosa a obstar o mero pleito dos benefícios da execução, devida a expedição da guia de execução independentemente do cumprimento do mandado de prisão (HC n. 366.616/SP, Ministro , Quinta Turma, DJe 4/5/2017). 5. Agravo regimental improvido. De ofício, concedida ordem de habeas corpus para determinar a expedição de guia de execução definitiva, independentemente do prévio recolhimento do ora agravante ao cárcere, de modo que a defesa possa formular no Juízo das execuções o pedido de concessão da prisão domiciliar. (AgRg no HC 583.027/SP, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, DJe 27/11/2020).(grifos acrescidos) Também nesse sentido, o STF entendeu: (...) Ressalto que não compete ao STF, como pleiteado pela defesa, o reconhecimento ao direito à prisão domiciliar. Tal providência deverá ser analisada pelo Juízo da Execução, a quem incumbe averiguar o pleito com base nos fatos e provas carreados aos autos. Neste momento processual, cabe apenas o reconhecimento de que o prévio recolhimento à prisão como condição para a apresentação do pedido e comprovação do direito alegado pode configurar condição excessivamente gravosa ao paciente. Logo, sob a ótica da dignidade da pessoa humana, com base no art. 192 do RISTF, excepcionalmente, no caso destes autos, concedo parcialmente a ordem de habeas corpus, de ofício, para: a) determinar a emissão da guia de recolhimento e a consequente instauração do processo de execução penal, com observância do art. 65 da LEP; b) decretar a prisão domiciliar pelo prazo de 30 (trinta) dias, com monitoramento eletrônico por meio de tornozeleira, tão somente para que o paciente seja avaliado por perito oficial; e c) determinar a análise, pelo respectivo Juízo da Execução Penal, dentro do prazo acima estabelecido para a prisão domiciliar/ realização da perícia, do pedido de conversão do regime fechado ao regime domiciliar humanitário. Comunique-se, com urgência, ao Juízo da condenação e ao Juízo da Execução Penal para as providências cabíveis. (STF – HC: 234787 SP, Relator: , Data de Julgamento: 20/03/2024, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 20/03/2024 PUBLIC 21/03/2024) (grifos acrescidos) Desse modo, ressalte-se que não compete a este órgão julgador, como pleiteado pela Defesa, o reconhecimento ao direito à prisão domiciliar. Tal providência deverá ser analisada pelo Juízo da Execução, a quem incumbe averiguar o pleito com base nos fatos e provas carreados aos autos. Neste momento processual, cabe apenas o reconhecimento de que o prévio recolhimento à prisão como condição para a apresentação do pedido e comprovação do direito alegado pode configurar condição excessivamente gravosa ao paciente. 3. DO PREQUESTIONAMENTO Ante a questão acerca do prequestionamento apresentada pela Defesa, saliento que não ocorreu ofensa aos dispositivos de lei invocados, de sorte que o posicionamento constante deste Acórdão representa a interpretação feita pela colenda Turma Julgadora 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 discutida e analisada, no Acórdão, toda matéria recursal levantada. Nesse sentido, a jurisprudência: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. AUSÊNCIA. REEXAME DAS QUESTÕES DECIDIDAS. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS.

IMPOSSIBILIDADE. 1. A inexistência de omissão e contradição no acórdão embargado conduz à rejeição dos embargos de declaração. 2. Os embargos declaratórios não constituem instrumento adequado à reanálise da matéria de mérito, nem ao prequestionamento de dispositivos constitucionais com vistas à interposição de Recurso Extraordinário. Precedentes. 3. Embargos de declaração rejeitados, com esclarecimentos. (STJ – EDcl no REsp: 1804965 SP 2019/0080335–5, Relator: Ministra , Data de Julgamento: 26/08/2020, S2 – SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 28/09/2020)

CONCLUSÃO Ante o exposto, CONHEÇO EM PARTE do Recurso de Apelação interposto por e, na extensão conhecida, REJEITO A PRELIMINAR DE NULIDADE, e DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO, tão somente para reconhecer a atenuante prevista no art. 66 do Código Penal, sem alteração das penas fixadas, mantendo-se a sentença objurgada em sua totalidade. 1 ; . 9. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 418–419. 2 . Código Penal Comentado. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 540. Salvador/BA, 22 de julho de 2024. Des. Relatora