

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0703616-89.2021.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: CAIQUE DA SILVA SANTIAGO Advogado (s): NIAMEY KARINE ALMEIDA ARAUJO, VINICIO DOS SANTOS VILAS BOAS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO EMENTA. PENAL E PROCESSO PENAL. ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE PESSOAS. RÉU SENTENCIADO ÀS PENAS DE 05 (CINCO) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO. PRELIMINAR. NULIDADE DO RECONHECIMENTO PESSOAL DIANTE DA INOBSERVÂNCIA DO ARTIGO 226 DO CPP. OBRIGATORIEDADE DE ATENDIMENTO AO PROCEDIMENTO LEGAL. MUDANÇA DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ E STF SOBRE A TEMÁTICA. SITUAÇÃO PARTICULAR DO CASO CONCRETO. INDÍCIOS DE AUTORIA DO CRIME QUE NÃO SE BASEARAM UNICAMENTE EM RECONHECIMENTO REALIZADO NO ÂMBITO POLICIAL. CIRCUNSTÂNCIAS INDEPENDENTES AO PROCEDIMENTO. DISTINGUISHING. PRELIMINAR REJEITADA. TESE DE NULIDADE POR VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, EM VIRTUDE DA DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA NA DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. IMPROCEDÊNCIA. MEDIDA DE CUNHO MERAMENTE ORDINATÓRIO, FUNDADA NO ESCOPO DE CELERIDADE PROCESSUAL, E QUE NÃO RE- PRESENTOU PREJUÍZO AO ACUSADO. RÉU DEVIDAMENTE CITADO E APRESENTOU SUA RESPOSTA À ACUSAÇÃO, APRECIADA, EM SEGUI- DA, PELO JUÍZO A QUO, TUDO EM MOMENTO ANTERIOR À AUDIÊNCIA DESIGNADA. DEFESA PRÉVIA QUE SEQUER INVOCOU HIPÓTESES DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. AUSÊNCIA DE QUALQUER GRAVAME PARA O RÉU, A AFASTAR A OCORRÊNCIA DE NULIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 563 DO CPP. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE. PRELIMINAR RECHAÇADA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PLEITO DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE EM PATAMAR MÍNIMO LEGAL. EXCLUSÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME, POIS INERENTE AO TIPO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PEDIDO ADMITIDO. NÃO ALTERAÇÃO DO QUANTUM DA PENA A DESPEITO DA INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA MENORIDADE. INVIABILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA POR FORÇA DA SÚMULA Nº 231 DO STJ. ENTENDIMENTO HODIERNO DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS. REPARAÇÃO DE DANOS. OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. EXCLUSÃO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE NEGADO, HAJA VISTA QUE O RÉU PERMANECEU SEGREGADO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL E APÓS A CONDENAÇÃO NÃO HOUVE ALTERAÇÃO FÁTICA. NECESSIDADE DE ADEQUAR O CUMPRIMENTO EM ESTABELECIMENTO COMPATÍVEL COM O REGIME FIXADO, QUAL SEJA, SEMIABERTO. APELAÇÃO CONHECIDA, PRELIMINARES REJEITADAS E, NO MÉRITO, PARCIALMENTE PROVIDA. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0703616-89.2021.8.05.0001, de Salvador/Ba, em que figura como apelante CAÍQUE DA SILVA SANTIAGO, e como apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores componentes da Primeira Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em CONHECER do recurso, AFASTAR as questões preliminares e, no mérito, julgá-lo PARCIALMENTE PROVIDO, pelas razões adiante alinhadas. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 22 de Maio de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0703616-89.2021.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: CAIQUE DA SILVA SANTIAGO Advogado (s): NIAMEY KARINE ALMEIDA ARAUJO, VINICIO DOS SANTOS VILAS BOAS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO CAÍQUE DA SILVA SANTIAGO, por meio de advogados constituídos, irresignado com a sentença prolatada pelo MM. Juízo da 11ª Vara Criminal da Comarca de Salvador, que o condenou à pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime semiaberto, além do pagamento de 30 (trinta) dias-multa, à razão de 1/30 do salário

mínimo vigente à época do fato, e pagamento de reparação por dano no valor de R\$ 2.900,00 (dois mil e novecentos reais) à vítima, pela prática delitativa insculpida no art. 157, § 2º, II, c/c art. 14, inciso I, ambos do Código Penal, interpôs, tempestivamente, o presente recurso de apelação objetivando reformar o decisum. Neste momento, há de ser adotado o relatório albergado na sentença condenatória (Id. 27931560), com espeque no princípio da economia processual, havendo de acrescentar o quanto segue explicitado. Em sede de razões, constante em Id. 27931646, pleiteou, preliminarmente, a nulidade processual, haja vista a ilegalidade do reconhecimento pessoal realizado, uma vez que em desacordo com os ditames do art. 226, do Código Penal; bem como alegou nulidade do processo, sustentando que a designação da data da audiência de instrução e julgamento antes de apresentada a resposta à acusação gerou violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. No mérito, postulou pela readequação da pena-base para patamar mínimo legal; assim como rogou pela exclusão do capítulo da sentença relativo à indenização como forma de reparação dos danos advindos do delito; e, ao final, pleiteou a concessão do direito de recorrer em liberdade. Em contrarrazões, (Id. 27931677), o Ministério Público refutou as alegações da Defesa, pugnando pela rejeição das questões preliminares, e no mérito, pelo conhecimento de não provimento do apelo defensivo. Em Id. 42655351, a douta Procuradoria de Justiça, rogou pelo conhecimento e não provimento do recurso de apelação. Após o devido exame dos autos, lancei este relatório, que submeto à apreciação do eminente Desembargador Revisor. Salvador, data registrada no sistema. JEFFERSON ALVES DE ASSIS RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0703616-89.2021.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: CAIQUE DA SILVA SANTIAGO Advogado (s): NIAMEY KARINE ALMEIDA ARAUJO, VINICIO DOS SANTOS VILAS BOAS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Narrou a peça incoativa que: “[...] no dia 16 de abril de 2021, por volta das 12h30min, nas proximidades do supermercado Assaí, bairro da Baixa do Fiscal, nesta capital, os denunciados subtraíram 01 (um) veículo marca/modelo Fiat Siena, cor branca, placa policial PJB1J63, chassi 9BD197134F320394, renavan 01040400300, pertencente à vítima Edvan Santana dos Santos, mediante grave ameaça, exercida pelo uso de um simulacro de arma de fogo, e em união de desígnios entre si” (...) no dia e hora já narrados, os denunciados solicitaram à vítima, por meio de aplicativo de transporte, que fossem conduzidos do supermercado Gbarbosa, situado no Largo do Tanque, ao supermercado Assaí Atacadista, localizado na Baixa do Fiscal. Ao ingressar no veículo, William se sentou no banco de trás, ao passo que Caíque sentou no banco do carona. Este, durante o trajeto, sacou o simulacro da arma de fogo e, imediatamente, anunciou o assalto. Instantes seguintes, a vítima foi retirada do veículo, e os autores empreenderam fuga em direção à Avenida San Martin. Policiais Militares integrantes da Operação Apollo foram informados acerca do roubo de um veículo Fiat Siena, supostamente na região de Lauro de Freitas/BA. Os policiais empreenderam diligência e localizaram o referido automóvel na Avenida São Rafael, proximidades da empresa CHESF. Ao perceberem que estavam sendo acompanhados por policiais, os acusados manobraram o veículo, de forma a transitar em alta velocidade, na tentativa de empreender fuga do local. Todavia, nas imediações da via Regional, os acusados colidiram com outros dois veículos que trafegavam pela região, oportunidade em que os autores desistiram de empreender fuga e se renderam, sendo, posteriormente, presos

em flagrante. A vítima foi informada da recuperação do veículo pela seguradora, dirigindo-se à Unidade Policial. No local, EDVAN reconheceu os acusados como autores do supracitado roubo. [...]". De logo, cumpre salientar a certidão de Id. 27931679, atestando que réu William Ailton Silva Souza e sua defesa, intimados às fls. 573/574 e fls. 588/589, respectivamente, não houve interposição de Recurso, transitando em julgado para o réu William em 21/09/2021. O Acusado CAIQUE DA SILVA SANTIAGO sustentou, em linha de preliminar, a nulidade do reconhecimento pessoal realizado pelo ofendido, em decorrência da suposta inobservância do art. 226 do CPP. Tal tese, todavia, deve ser rechaçada. Convém destacar que a antiga jurisprudência pátria havia se firmado no sentido de que o disposto no art. 226 do CPP constituía "mera recomendação" e, como tal, não ensejaria nulidade da prova eventual desatendimento aos requisitos formais dispostos no artigo mencionado. Contudo, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do HC n.º 598.886/SC, ocorrido em 27.10.2020, progrediu em seu entendimento e imprimiu nova interpretação ao referido artigo, no intento de superar a compreensão até então vigente, a fim de que o reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas seja considerado apto à identificação do réu quando observadas as formalidades explicitadas no art. 226 do CPP e desde que corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa (STJ: HC n. 598.886/SC, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe de 18/12/2020). Para tal guinada jurisprudencial, foram apresentadas as seguintes conclusões: HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. ABSOLVIÇÃO QUE SE MOSTRA DEVIDA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento do HC n. 598.886/SC (Rel. Ministro Rogerio Schietti), realizado em 27/10/2020, conferiu nova interpretação ao art. 226 do CPP, a fim de superar o entendimento, até então vigente, de que referido o artigo constituiria "mera recomendação" e, como tal, não ensejaria nulidade da prova eventual descumprimento dos requisitos formais ali previstos. Na ocasião, foram apresentadas as seguintes conclusões: 1.1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime; 1.2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo; 1.3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva com base no exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento; 1.4) O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia (s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo. 2. Necessário e oportuno proceder a um ajuste na conclusão n. 4 do mencionado julgado. Não se deve considerar propriamente o reconhecimento fotográfico como "etapa antecedente a eventual

reconhecimento pessoal", mas apenas como uma possibilidade de, entre outras diligências investigatórias, apurar a autoria delitiva. Não é necessariamente a prova a ser inicialmente buscada, mas, se for produzida, deve vir amparada em outros elementos de convicção para habilitar o exercício da ação penal. Segundo a doutrina especializada, o reconhecimento pessoal, feito na fase pré-processual ou em juízo, após o reconhecimento fotográfico (ou mesmo após um reconhecimento pessoal anterior), como uma espécie de ratificação, encontra sérias e consistentes dificuldades epistemo-lógicas. 3. Se realizado em conformidade com o modelo legal (art. 226 do CPP), o reconhecimento pessoal é válido, sem, todavia, força probante absoluta, de sorte que não pode induzir, por si só, à certeza da autoria delitiva, em razão de sua fragilidade epistêmica. Se, todavia, tal prova for produzida em desacordo com o disposto no art. 226 do CPP, deverá ser considerada inválida, o que implica a impossibilidade de seu uso para lastrear juízo de certeza da autoria do crime, mesmo que de forma suplementar. Mais do que isso, inválido o reconhecimento, não poderá ele servir nem para lastrear outras decisões, ainda que de menor rigor quanto ao standard probatório exigido, tais como a decretação de prisão preventiva, o recebimento de denúncia e a pronúncia. 4. Em julgamento concluído no dia 23/2/2022, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal deu provimento ao RHC n. 206.846/SP (Rel.Ministro Gilmar Mendes), para absolver um indivíduo preso em São Paulo depois de ser reconhecido por fotografia, tendo em vista a nulidade do reconhecimento fotográfico e a ausência de provas para a condenação. Reportando-se ao decidido no julgamento do referido HC n. 598.886/SC, no STJ, foram fixadas três teses: 4.1) O reconhecimento de pessoas, presencial ou por fotografia, deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime e para uma verificação dos fatos mais justa e precisa; 4.2) A inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita, de modo que tal elemento não poderá fundamentar eventual condenação ou decretação de prisão cautelar, mesmo se refeito e confirmado o reconhecimento em Juízo. Se declarada a irregularidade do ato, eventual condenação já proferida poderá ser mantida, se fundamentada em provas independentes e não contaminadas; 4.3) A realização do ato de reconhecimento pessoal carece de justificação em elementos que indiquem, ainda que em juízo de verossimilhança, a autoria do fato investigado, de modo a se vedarem medidas investigativas genéricas e arbitrárias, que potencializam erros na verificação dos fatos. 5. Na espécie, a leitura da sentença condenatória e do acórdão impugnado, além da análise do contexto fático já delineado nos autos pelas instâncias ordinárias, permitem inferir que o paciente foi condenado, exclusivamente, com base em reconhecimento fotográfico realizado pela vítima e sem que nenhuma outra prova (apreensão de bens em seu poder, confissão, relatos indiretos etc.) autorizasse o juízo condenatório. (HC 712.781/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2022, DJe 22/03/2022) Nota-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RHC 206846/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, frisou que: A desconformidade ao regime procedimental determinado no art. 226 do CPP deve acarretar a nulidade do ato e sua desconsideração para fins decisórios, justificando-se eventual condenação somente se houver elementos independentes para superar a presunção de inocência. Volvendo-se ao caso concreto, infere-se do caderno processual que policiais militares

integrantes da Operação Apollo foram informados acerca do roubo de automóvel Fiat Siena, supostamente na região do município de Lauro de Freitas, deste modo, os agentes empreenderam diligências e localizaram o citado veículo na Avenida São Rafael, proximidades da sede da empresa CHESF. Ao perceberem que estavam sendo acompanhados por policiais, os acusados manobram o veículo, de forma a transitar em alta velocidade, na tentativa de empreender fuga do local. Todavia, nas imediações da via Regional, os acusados colidiram com outros dois veículos que trafegavam pela região, oportunidade em que os autores desistiram de empreender fuga e se renderam, sendo, posteriormente, presos em flagrante. A vítima foi informada da recuperação do veículo pela seguradora, dirigindo-se à Unidade Policial. No local, EDVAN reconheceu os acusados como autores do supracitado roubo. [...]”. Ora, evidente sublinhar que os policiais militares iniciaram perseguição ao veículo, no qual se encontravam um segundo sujeito e o ora Acusado, tendo sido presos em flagrante em posse do citado automóvel da vítima Edvan Santana dos Santos, um simulacro de arma de fogo do tipo pistola, um aparelho celular e um relógio de pulso. Ou seja, figura-se demonstrado nos fólios ter sido o Acusado surpreendido em poder das res furtivae, logo depois da prática do delito, tendo ele, lado outro, sido reconhecido pela vítima (Id. 27931250) e pelas testemunhas da acusação sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Pontue-se ainda que, em Delegacia, o acusado CAIQUE DA SILVA SANTIAGO assumiu que praticou o roubo do veículo Fiat/Siena que pertencia a vítima Edvan Santana dos Santos, assim como confessou em juízo. Cabe ressaltar que em juízo a vítima EDVAN reconheceu novamente o réu: “veículo; Consigo visualizar o acusado (CAIQUE); Foi esse daí mesmo (CAIQUE); É esse mesmo (CAIQUE); Bote ele de lado aí; Manda ele chegar de frente aí de novo; É ele mesmo, com certeza (CAIQUE); É, foi esse daí, esse que tava na frente (CAIQUE); Isso, isso, foi ele que estava com a arma (CAIQUE); Aparentemente, foi esse mesmo, também, o outro acusado (WILLIAM), mas, no dia, ele tava sem barba (WILLIAM), tava com o baixinho (CAIQUE); Eu reconheço ele (WILLIAM); É ele mesmo (WILLIAM); Ele veio, eles dois andando, e esse daí (WILLIAM) sentou nas minhas costas, no carro; É, o segundo elemento (WILLIAM); O que se passou foi isso mesmo.” Assim, diante do novo entendimento jurisprudencial alhures esposado e considerando os referidos elementos probatórios, conclui-se que, no caso em testilha, os indícios de autoria do crime de roubo – e mais, a condenação – não se basearam unicamente em reconhecimento alegadamente irregular realizado no âmbito policial, mas em circunstâncias independentes a este procedimento, possibilitando o distinguishing em relação aos acórdãos paradigmas acima citados, circunstâncias que afastam a tese de nulidade. Conforme relatado, o Apelante CAIQUE DA SILVA SANTIAGO também suscitou, em linha de preliminar, a nulidade absoluta do feito por violação ao princípio do devido processo legal, em virtude da designação de audiência já no ato de recebimento da Denúncia, momento no qual, segundo alega, cabia ao Magistrado oportunizar a apresentação de resposta à acusação, para, somente então, dar início à etapa instrutória, sob pena de ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Todavia, cuida-se de arguição que não comporta acolhimento, pelo simples fato de que o aprazamento antecipado de audiência não ensejou, em termos concretos, qualquer subversão da ordem processual. Com efeito, verifica-se que o Juiz a quo, ao receber a Denúncia (Id. 27931264), determinou a citação pessoal do Réu e, após a resposta, devidamente certificada nos autos, à conclusão, para os fins do artigo 397 do CPP, que trata da

possibilidade de absolvição sumária, comandos minuciosamente cumpridos. Nessa senda, observa-se que, efetivada a citação do Réu (Id. 27931318) foi ofertada, em 17.05.2021, sua Resposta à Acusação (Id. 27931371), sobrevivendo, em 18.05.2021, a emissão de decisão nos seguintes termos: Vistos, etc. Observado o artigo 397 do CPP, descarto a absolvição sumária do 1º acusado (CAIQUE DA SILVA SANTIAGO), considerando elementos produzidos na fase investigativa e Resposta apresentada (fls. 164/165), que se limitou a sustentar a improcedência da presente ação penal, sem, contudo, apresentar qualquer preliminar ou prova que afastasse imediatamente a responsabilidade criminal do referido denunciado, devendo o feito criminal prosseguir nos seus ulteriores atos. Diante do quanto certificado às fls. 166, INTIME-SE o advogado do réu supracitado, para, no prazo de de 05 (cinco) dias, apresentar manifestação acerca da audiência de instrução e julgamento designada – na modalidade telepresencial – para 14/06/21, às 15 horas, conforme já determinado na decisão de fls. 65/66, e, ainda, indicar seu telefone e endereço eletrônico (e-mail), bem como das testemunhas arroladas na peça defensiva (fls. 165), para fins de intimação e participação na videoconferência retromencionada. P.I. CUMPRASE, com urgência”. Deste modo, se afigura inquestionável a concretização de todos os atos enumerados nos arts. 396 a 399 do Código de Processo Penal. Ademais, não há dificuldade em constatar, à vista do próprio teor da Decisão de recebimento da Denúncia, que, achando-se porventura pendente a realização de qualquer dos supracitados atos, ou, ainda, sendo o Réu sumariamente absolvido, restaria comprometida, por consectário lógico, a realização da audiência aprazada, sem vilipêndio algum, portanto, ao contraditório e à ampla defesa, e, notadamente, sem a ocorrência de qualquer prejuízo ao Acusado ou à defesa de seus interesses na causa. A propósito, visualiza-se que o ora Apelante não logrou demonstrar a existência de concreto gravame – que, na espécie, não é cabível presumir – oriundo da designação de assentada já no ato de admissão da Peça Acusatória, providência de caráter meramente ordinatório e da qual não é possível extrair, ao revés do que sugere a Defesa, qualquer indicativo de parcialidade do Juízo, mesmo porque informada, em última análise, pelo louvável propósito de conferir maior celeridade ao trâmite processual. Em verdade, entende-se que a total ausência de prejuízo ao Réu mostra-se ainda mais evidente quando se constata sequer ter sido aventada, na Resposta à Acusação (Id. 27931371), qualquer das hipóteses de absolvição sumária, reservando-se a Defesa, nos seguintes termos: "Protesta a defesa pela total improcedência da acusação contida na peça inicial. Caso não seja este o entendimento desse Juízo, demonstrará, por ocasião da instrução criminal, que a referida acusação não se coaduna com a verdade real. Desse modo, reserva-se o defensor signatário para discutir o mérito no momento legal e mais oportuno. Com a presente defesa, apresenta o rol de suas testemunhas.". Frisa-se, aliás, que a arguição de que a condenação sofrida pelo réu foi o prejuízo, não condiz com a realidade fático processual, uma vez que a escorreita sentença decorreu dos elementos probatórios coligidos aos autos, ocasionando na condenação, assim como já exposto em linhas anteriores que o aprazamento antecipado de audiência não ensejou, em termos concretos, qualquer subversão da ordem processual. Portanto, não se identifica mácula processual alguma a ser reconhecida – muito menos de caráter absoluto –, máxime pela evidente inexistência de respectivo gravame. Entender de modo diverso significaria consagrar desmedido apego ao formalismo e fazer tábula rasa do preceito contido no art. 563 do Código de Processo Penal, o qual, positivando o princípio do

pas de nullité sans grief, estabelece que “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. Nessa esteira, convém trazer à colação, ilustrativamente, os seguintes julgados, nos quais se rechaçou a ocorrência de nulidade em face de situações semelhantes à presente: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA COM DESIGNAÇÃO DE DATA PARA A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO ANTES DO OFERECIMENTO DA RESPOSTA À ACUSAÇÃO. POS-SIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. DESPACHO QUE CONDICIONA O PROSSEGUIMENTO DO FEITO À NÃO REJEIÇÃO DA DENÚNCIA APÓS A ANÁLISE DA RESPOSTA À ACUSAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. AU-SÊNCIA DE ARGUIÇÃO DE QUALQUER PRELIMINAR QUE PUDESSE ENSEJAR NA ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. DEFESA NÃO SE MANIFESTOU QUANTO ÀS NULIDADES NA PRIMEIRA OPORTUNIDADE. PRECLUSÃO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Nos termos do art. 396 do Código de Processo Penal, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias. O art. 399 do CPP, por sua vez, prevê que: Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente. Assim, inexistente determinação legal para que a data da audiência de instrução seja designada somente após o oferecimento da resposta à acusação, mormente quando referida designação não subverte a ordem processual, mas apenas consagra o princípio da duração razoável do processo, visando a celeridade processual, como é o caso dos autos. In casu, a designação de data para a realização da audiência de instrução não acarretou qualquer mácula processual, tendo em vista que o Magistrado condicionou sua realização à não rejeição da denúncia após a análise da resposta à acusação. A jurisprudência desta Corte é reiterada no sentido de que a decretação da nulidade processual, ainda que absoluta, depende da demonstração do efetivo prejuízo por aplicação do princípio do pas de nullité sans grief. Sendo assim, não há falar em constrangimento ilegal por violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, ante a alegada ausência de apreciação da tese de absolvição sumária, por dois motivos: primeiro porque a resposta à acusação foi analisada antes da realização da audiência de instrução; segundo porque a defesa sequer arguiu qualquer preliminar capaz de ensejar a absolvição sumária quando do oferecimento da resposta. 2. Ademais, a nulidade apontada pela defesa também está sujeita à incidência do instituto da preclusão. Conforme consta dos autos, a nulidade somente foi apontada durante as alegações finais orais apresentadas pelo defensor público durante a audiência de instrução e julgamento, silenciando-se quanto ao ponto no início da instrução, motivo pelo qual, como bem apontado pelo Tribunal de origem, operou-se o instituto da preclusão. Recurso desprovido. (STJ, RHC 47.853/BA, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 17.08.2017, DJe 28.08.2017) (grifos acrescidos) RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONTRABANDO, RECEPÇÃO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. DESIGNAÇÃO DE DATA PARA A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO ANTES DA RESPOSTA À ACUSAÇÃO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PREJUÍZO PARA A DEFESA NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS. GARANTIA VINCULADA AO DIREITO DE LOCOMOÇÃO. INDENIZAÇÃO PARA OS DANOS DO CRIME. VIABILIDADE DO PEDIDO DEDUZIDO NA DENÚNCIA. ART. 387, IV, DO CP. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO. 1. Afasta-se a tese de nulidade da primeira decisão que recebeu a denúncia e designou, de pronto, a audiência de instrução (antes da resposta à acusação) se, cumpridos os objetivos dos

arts. 396 a 399 do CPP, não houve nenhum prejuízo para a defesa ou sinal externo de parcialidade do órgão jurisdicional. 2. Se o Juiz ressaltou a possibilidade de absolvição sumária, sem emitir juízos antecipados de valor ou sobre o mérito da demanda penal, não houve comprometimento de sua imparcialidade. O réu foi citado pessoalmente, constituiu advogado, apresentou defesa preliminar e suas teses foram analisadas em tempo hábil, meses antes da realização da audiência de instrução. 3-6. [...]. 7. Recurso ordinário não provido. (STJ, 6.ª Turma, RHC 56.489/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 03.05.2018, DJe 11.05.2018) (grifos acrescidos)

Assim é que, com fulcro nas ponderações anteriormente tecidas, rejeita-se a preliminar de nulidade por violação ao devido processo legal, passando-se, de logo, ao exame das demais questões de fundo do Apelo Defensivo. No mérito, a Defesa pugnou pela aplicação da pena-base no patamar mínimo legal, arguindo que as circunstâncias do crime foram equivocadamente valoradas de forma negativa. Com o intuito de analisar o pleito defensivo, cumpre apresentar trechos da sentença condenatória relativo à primeira etapa de dosagem da reprimenda. Vejamos: “Analisadas as diretrizes indicadas no artigo 59 do Código Penal Brasileiro, especialmente a situação criminal dos réus, os motivos e circunstâncias do delito, passo a fixar as penas dos acusados: I – CAIQUE DA SILVA SANTIAGO Culpabilidade – O acusado agiu com culpabilidade inerente à espécie, possuindo capacidade de entender a ilicitude de sua conduta para a consumação do delito, nada tendo a se valorar neste quesito que extrapole os limites do próprio tipo penal; Antecedentes Criminais – Consoante certidões de fls. 54, 56, 155 e 158, o acusado não responde a nenhuma outra ação penal; Conduta Social – Não há que ser avaliado neste quesito; Personalidade – O réu não demonstra ter personalidade voltada para a prática de delitos, conforme acima informado; Motivo do Crime – Interesse na obtenção de dinheiro fácil e rápido, sendo este punido com a própria tipificação, não devendo ser aplicado em respeito ao princípio do "non bis in idem". Circunstâncias do Crime – O crime foi praticado com emprego de um simulacro de arma de fogo, sendo proferidas ameaças verbais à vítima, no sentido de que se atentaria contra a sua vida, caso esta olhasse para os meliantes. Consequência Extrapenais do Crime – a res furtiva foi recuperada com avarias pela vítima; Comportamento da vítima – A vítima em nada concorreu para o evento danoso sofrido. Fixo-lhe a pena-base em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, que diminuo em 06 (seis) meses dada a atenuante reconhecida (art. 65, III, d), para depois aumentá-la em 1/3 (um terço) diante da qualificadora reconhecida (concurso de pessoas), ficando a pena, em concreto e em definitivo, em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, na ausência de outras causas a serem levadas em consideração[...]. Ressalte-se que a jurisprudência da Corte Superior de Justiça é no sentido de que a pena-base não pode ser fixada acima do mínimo legal com fundamento em elementos constitutivos do crime ou com base em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação”( AgRg no AREsp 1121856/ES , Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 10/08/2018). No que tange à circunstância judicial relativa às circunstâncias do crime convém destacar que se caracteriza pelo modus operandi empregado na prática delitiva, a denotar ou não maior gravidade na conduta praticada, ou seja, devem se repousar em “elementos que não compõem o crime, mas que influenciam em sua gravidade, tais como o estado de ânimo do agente, o local da ação delituosa, o tempo de sua duração, as condições e o modo de agir, o objeto utilizado, a atitude



assumida pelo autor no decorrer da realização do fato, o relacionamento existente entre autor e vítima, dentre outros.” (SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória – Teoria e Prática. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 136). No caso, verifica-se que incabível a valoração desfavorável relativo as circunstâncias do crime, pois inerentes ao tipo penal, razão pela qual, efetivamente, não devem ser negativamente valoradas. Deste modo, modifico a pena-base do réu, reduzindo-a para 04 (quatro) anos de reclusão, uma vez que todas as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis. Na fase intermediária de aplicação da pena, o Magistrado de piso, de forma correta, reconheceu e aplicou a circunstância atenuante da confissão espontânea, mantenho esta circunstância atenuante, contudo a pena intermediária deve permanecer em 04 (quatro) anos de reclusão, diante do teor da Súmula 231 do STJ. Com efeito, na segunda etapa da dosimetria ainda figuram como norte os limites cominados no preceito secundário do tipo penal em abstrato, ao contrário do que ocorre com as causas especiais de aumento ou de diminuição de pena, que, por atuarem na pena em concreto, autorizam a fixação aquém do limite mínimo ou além do limite máximo. Esse entendimento encontra-se cristalizado não só no enunciado sumular nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, como também na jurisprudência: AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. RECONSIDERAÇÃO. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO E PORTE DE ARMA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ATENUANTE. REDUÇÃO AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 231 DO STJ. AGRADO REGIMENTAL PROVIDO PARA CONHECER DO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL MAS NEGAR-LHE PROVIMENTO. 1. Devidamente impugnados os fundamentos da decisão de inadmissão do recurso especial, deve ser reconsiderada a decisão que não conheceu do agravo. 2. A redução da pena aquém do mínimo legal pelo reconhecimento das atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea encontra óbice na Súmula 231 do STJ. 3. Agravo regimental provido para conhecer do agravo em recurso especial, mas negar-lhe provimento. (AgRg no AREsp n. 1.758.795/MS, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 25/5/2021, DJe de 28/5/2021.) Sobre a questão, Julio Fabbrini Mirabete leciona: "Prevê o art. 65 quais as circunstâncias do crime que devem atenuar a pena, ou seja, os dados objetivos ou subjetivos que, por seu aspecto positivo, levam à diminuição da reprimenda. Em todas as hipóteses previstas no dispositivo, a redução é obrigatória, levando-se em conta, evidentemente, as demais circunstâncias do delito, que podem agravar a sanção (item 7.5.7). Ao contrário das causas de diminuição da pena, porém, não se permite, com o reconhecimento das atenuantes, a redução da pena abaixo do mínimo previsto na lei (item 7.5.7)."(MIRABETE, Julio Fabbrini, Manual de Direito Penal, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP, São Paulo: Atlas, 2007, página 314) Este é, também, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, como se percebe do precedente abaixo, de maio de 2017: AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRADO. ART. 5º, XXXIX e XLVI, DA CF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. APLICAÇÃO DA ATENUANTE PREVISTA NO ART. 65, III, B, DO CP. REAPRECIAÇÃO DE NORMA INFRACONSTITUCIONAL E DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 279/STF. AGRADO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – Ausência de prequestionamento do art. 5º, XXXIX e XLVI, da CF. Os embargos declaratórios não foram opostos com a finalidade de suprir essa omissão. Incidência das Súmulas 282 e 356/STF. II – Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, bem como a

interpretação de legislação infraconstitucional aplicável ao caso. Óbice da Súmula 279/STF. III – A jurisprudência desta Corte é no sentido da impossibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal por força de circunstância atenuante genérica. Precedente: RE 597.270 Q0-RG/RS (Tema 158), da relatoria do Ministro Cezar Peluso. IV – Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, ARE 1007916 AgR, Relator (a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 19/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-112 DIVULG 26-05-2017 PUBLIC 29-05-2017) (Original sem grifos)

Conforme explicitado na doutrina e jurisprudência colacionadas, inviável a diminuição da pena provisória abaixo do mínimo legal em razão da incidência de atenuante, eis que se isso fosse possível, também se admitiria, em consequência, o aumento da pena acima do máximo em virtude da incidência de agravantes, ainda que a interpretação da ilustrada Defesa seja outra. Desse modo, a fixação da reprimenda abaixo do mínimo legal na segunda fase da dosimetria resta inadmissível, devendo ser mantida a pena provisória de 04 (quatro) anos de reclusão para o crime de roubo majorado pelo concurso de pessoas, nesta fase da dosimetria, em observância aos princípios da legalidade e da Súmula nº 231 do STJ, vigente e acolhida de forma pacífica pela jurisprudência pátria. Na derradeira etapa, frise-se que de maneira eskorreita, não concorreram causa de diminuição da pena, contudo presente causa de aumento em fração de 1/3 (um terço) diante da qualificadora reconhecida (concurso de pessoas), ficando a pena, em concreto e em definitivo, em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto. Assim, evidente que mesmo com a redução da pena-base com a devida exclusão das circunstâncias do crime na primeira etapa, o valor total da reprimenda não foi modificado, em razão da aplicação da súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. Em relação ao pedido de exclusão do capítulo da sentença relativo à indenização como forma de reparação dos danos advindos do delito, que foi fixada em R\$ 2.900,00 (dois mil e novecentos reais) à vítima, deve ser acolhido. Sobreleva salientar que há de se excluir o valor fixado na sentença à título de reparação de danos. Ora, com o advento da Lei nº. 11.719/2008, é possível a fixação de valor mínimo à título de reparação dos danos causados pela infração, conforme inciso IV, do art. 387, do Código de Processo Penal. Contudo é necessário pedido formal da parte ofendida, por intermédio de seu assistente ou do Ministério Público, com indicação de valores e provas, bem como instrução específica, oportunizando ao acusado todos os meios de defesa constitucionalmente assegurados, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. No caso, o Juiz de Primeiro Grau condenou o Réu ao pagamento de reparação por danos morais e materiais no valor de R\$ R\$ 2.900,00 (dois mil e novecentos reais) à vítima, explicitando na sentença tão somente que: Condeno, ainda, os acusados a pagarem em favor da vítima a importância de R\$ 2.900,00 (dois mil e novecentos reais), a título dos prejuízos que aquela alega ter sofrido, a ser rateada entre eles, observada a regra prevista no artigo 387, IV, do CPP. De fato, o pedido de indenização não constou da denúncia, bem como durante a instrução processual nada foi abordado acerca da tese, inexistiu no interrogatório do Réu CAIQUE questionamentos acerca de sua condição financeira, nem mesmo foi ratificada a tese pelo Ministério Público quando das alegações finais (Id.27931494). A necessidade de observância do contraditório é objeto de Súmula deste Tribunal de Justiça do Estado da Bahia: Súmula nº 6 A fixação, na sentença condenatória, do valor mínimo indenizatório devido à vítima, previsto no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, deverá obedecer o princípio do contraditório,

assegurado ao réu, no curso do processo, defender-se da imputação. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também defende a necessidade de instrução para tal fim. A saber: PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL INJÚRIA RACIAL. FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO PARA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NECESSIDADE DE PEDIDO NA DENÚNCIA, COM INDICAÇÃO DA QUANTIA PRETENDIDA, E INSTRUÇÃO ESPECÍFICA A ESSE RESPEITO. ENTENDIMENTO DA QUINTA TURMA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Segundo o entendimento da Quinta Turma deste STJ, a fixação de valor mínimo para reparação dos danos (ainda que morais) exige, além de pedido expresso na inicial, tanto a indicação do montante pretendido como a realização de instrução específica a respeito do tema, para viabilizar o exercício da ampla defesa e do contraditório. 2. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no AREsp 1918506/MS, Rel. Ministro RIBEIRODANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2021, DJe27/10/2021) PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO. PENA-BASE. CULPABILIDADE. EXASPERAÇÃO EM 1/6. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 387, IV, DO CPP. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS CAUSADOS PELA INFRAÇÃO. PEDIDO EXPRESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO ESPECÍFICA. VIOLAÇÃO DA AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. AFASTAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. (...) 3. Verifica-se que, apesar de ter havido pedido expresso do Ministério Público na denúncia para a fixação de reparação dos danos às vítimas, nos termos do art. 387, inciso IV, do CPP, não houve instrução específica acerca da questão, o que afasta do acusado a possibilidade de se defender e de produzir contraprova. Nessas condições, a condenação das envolvidas ao pagamento de indenização, sem instrução processual específica, implica cerceamento de sua defesa, devendo ser afastada. 4. Agravo regimental não provido. (STJ – AgRg no REsp 1915382/SC, Rel. Ministro REYNALDOSOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/05/2021, DJe 01/06/2021) Desse modo, ausente instrução específica da tese e pedido do Ministério Público quando das alegações finais, tem-se por imperativa a reforma do julgado para que dela seja excluída a respectiva condenação. Por fim, foi acertadamente ordenada no decisum a manutenção do recolhimento provisório, em face de assim ter permanecido o Acusado durante a instrução, sem elementos que indiquem qualquer alteração nas circunstâncias autorizadoras da custódia cautelar. O Magistrado de piso assim decidiu: A pena privativa de liberdade dos acusados deverá ser cumprida inicialmente no regime SEMIABERTO (art. 33, § 2º, b, do CPB), devendo os mesmos aguardarem o julgamento final sob custódia, dada a condenação e regime impostos, bem como as circunstâncias e natureza do delito, ficando, assim, ratificadas as decisões que segregaram as suas liberdades durante o andamento processual. Com relação à alegação de desproporcionalidade da decisão de manutenção da prisão provisória do 1º acusado frente ao regime prisional aplicado no comando sentencial, a mesma não pode prosperar, haja vista que, se ainda presentes os pressupostos e requisitos legais que alicerçaram a decretação de sua custódia preventiva no curso do processo, que é o caso dos autos, o julgador não estaria obrigado a revogá-la pelo simples fato do regime de cumprimento de pena alcançado em face da pena de reclusão aplicada. Diante da concretude dos fatos apurados durante a instrução processual e reconhecidos na sentença condenatória, restam ainda presentes os motivos autorizadores da prisão cautelar, quais sejam, garantia da ordem pública e aplicação da lei penal, razão pela qual não vejo como medida razoável colocar os sentenciados em liberdade neste momento processual, cabendo ao juiz da execução penal uma reavaliação no decorrer do cumprimento da pena. Neste sentido: Sobre o tema, outra não é a compreensão do Superior

Tribunal de Justiça: "HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DE NOVO TÍTULO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA E CIRCUNSTÂNCIAS DO FLAGRANTE QUE DENOTAM A TRAFICÂNCIA HABITUAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) 5. Segundo a orientação desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, o réu que permaneceu preso cautelarmente durante toda a instrução criminal não tem direito de apelar em liberdade quando remanescem os fundamentos da custódia cautelar. 6. Habeas Corpus não conhecido". (HC324.945/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 27/10/2016) Portanto, mantém-se o indeferimento do direito de recorrer em liberdade, devendo ser cumprida a custódia em estabelecimento compatível ao regime lhe fixado, qual seja, o semiaberto. Diante do quanto esposado, voto no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, tão somente, para excluir as circunstâncias do crime na primeira etapa da dosimetria da pena, aplicando a pena-base no patamar mínimo legal, contudo mantida a pena estabelecida em sentença, bem como para decretar a indenização fixada a título de reparação de danos.