

RAZÕES DE APELAÇÃO

6ª Vara Criminal do Foro Central de São Paulo

Proc. nº 0115475-34.2012.8.26.0050

Apelantes: **A.S.G.**
 A.J.d.S.
 M.R.G.

Apelado: **MINISTÉRIO PÚBLICO**

1. BREVE SÍNTESE DOS AUTOS

A.S.G. , **A.J.d.S.** e **M.R.G.** foram condenados por crime de roubo (art. 157,§ 2º, II, c.c. art. 70, CP), que teria sido praticado contra **D.R.A.** e **E.C.**, pois teriam mediante uso de violência subtraído a carteira de ambos os ofendidos e o aparelho celular Nextel, pertencente à segunda vítima.

Segundo a denúncia, na madrugada do dia 13 de dezembro de 2012, os apelantes e mais duas outras pessoas, estavam dentro do carro conduzido por **M.R.G.**, quando teriam seguido o veículo das alegadas vítimas. No instante em que estas pararam na esquina, os apelantes

teriam descido do carro e anunciado o roubo, portando apenas uma barra de ferro. Segundo a versão da sentença condenatória, nesse instante, as supostas vítimas teriam reagido ao roubo, descendo do carro e enfrentando os assaltantes, ocasião em que foram agredidos pelos apelantes, que teriam subtraído seus objetos.

Segundo se alega, os apelantes fugiram no carro em que estavam, quando, a poucos metros do local do suposto roubo, foram avistados por policiais militares, no instante em que capotaram o veículo.

Não foram achadas as coisas supostamente subtraídas, apesar do acidente do veículo, e de os policiais terem encontrado os apelantes feridos dentro do veículo capotado, poucos instantes depois da alegada subtração.

Ouvidas em juízo, as supostas vítimas mantiveram a afirmativa de que foram subtraídos, apesar das relevantes contradições sobre a quem pertencia e quais teriam sido os bens subtraídos.

Nada obstante a fragilidade do conjunto probatório, a MM. Juíza *a quo* decidiu pela condenação dos acusados, dentre outros fundamentos, porque os acusados teriam outras condenações e a palavra das vítimas merece credibilidade.

Como se demonstrará a seguir, em decorrência de uma condenação sem lastro probatório, baseada em depoimentos contraditórios e inconsistentes dos supostos ofendidos e de preconceito contra os apelantes em razão de seus antecedentes, está em curso grave erro judiciário. Com efeito, **tudo está a indicar nos autos que os apelantes se envolveram com as supostas vítimas em violenta luta corporal, na qual levaram a pior os ofendidos que, pretendendo negar que se envolveram em briga e com o fim de prejudicar os agressores, inventaram a história do roubo.**

2.PROVAS HARMÔNICAS QUE REVELAM A EXCLUSIVA OCORRÊNCIA DE CRIME DE LESÃO CORPORAL

2.1. A VERDADE DOS AUTOS

Uma análise detida dos elementos probatórios colhidos nos autos indica claramente que não existiu qualquer roubo cometido pelos apelantes. Ao contrário, é evidente a ocorrência de uma briga motivada por rivalidade futebolística.

No dia 12 de dezembro, véspera do fato, o São Paulo foi campeão da Copa Sul Americana, mesmo dia em que o Corinthians jogou no campeonato Mundial Interclubes. Os apelantes, são-paulinos, comemoravam o título, quando se indispueram com as supostas vítimas, torcedores do time rival. Após discussão na rua, quando os veículos pararam — segundo a denúncia no Viaduto Engenheiro Orlando Murgel —, todos desceram e se enfrentaram em violenta briga.

Ocorre que as supostas vítimas, apesar de fortes e de terem descido do carro para enfrentar os três apelantes, levaram a pior na briga e ficaram caídos no chão.

Os agressores fugiram do local em alta velocidade, quando foram avistados por policiais, que foram avisados por populares sobre uma briga na rua (sentença fls. 360). Alguns metros depois, **no mesmo viaduto Engenheiro Orlando Murgel**, o veículo ocupado pelos apelantes capotou, ocasião em que se feriram os três (laudo de fls. 293 a 301). Os policiais militares chegaram no local do acidente instantes depois e encontraram os apelantes feridos.

As vítimas, com o intuito de não admitir que houvessem brigado e motivados pelo ressentimento decorrente da surra que levaram, acusaram os apelantes de roubo.

Para tanto, contaram uma inventiva e estapafúrdia história. Disseram que foram seguidos na rua e que, quando pararam cinco pessoas desceram do veículo e “anunciaram o roubo”. Mesmo sem exibição de arma de fogo, as supostas vítimas teriam descido do carro, para reagir (!?) ao roubo (conforme a sentença - fls. 358).

Por que não aceleraram o carro, se cinco pessoas haviam anunciado um roubo?

Que espécie de defesa é essa, que leva duas pessoas que se encontram dentro de um carro a descer para enfrentar cinco homens que anunciaram o roubo?

O que se demonstrará a seguir é que a versão das alegadas vítimas é uma história falsa, contada para não admitir que brigaram em via pública por futebol e por vingança, dando vazão ao ressentimento pela surra levada.

2.2. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS

Inicialmente, quanto aos depoimentos dos policiais, *W.R.O.* e *D.R.S.N.*, pouco há neles de esclarecedor, exceto os aspectos que favorecem os acusados.

Com efeito, os policiais nada puderam falar sobre o ocorrido, pois chegaram depois. Confirmam apenas que, “**avisados por populares que havia uma briga na via**” (sentença fls. 360), avistaram um carro em

alta velocidade que “capotou” em seguida. No veículo, estavam os três acusados.

Segundo seus depoimentos, as coisas que teriam sido subtraídas pelos acusados não foram encontradas dentro do veículo acidentado.

Tanto no que se refere à informação de que **foram avisados sobre a existência de uma briga**, como no que se refere ao fato de **não terem encontrado os objetos subtraídos**, os testemunhos dos policiais são harmônicos sim, mas com a versão apresentada pelos apelantes.

Ou seja, policiais chegaram no local instantes depois do acidente — repita-se acidente que ocorreu no mesmo viaduto onde teria, segundo a denúncia ocorrido o roubo —, pois avistaram o veículo em alta velocidade e o viram capotar. Apesar de chegarem instantes depois do acidente, quando os apelantes estavam feridos no veículo, não encontraram qualquer das coisas supostamente subtraídas.

Em outras palavras, seus depoimentos são muito mais compatíveis com a versão de que todos se envolveram em um briga motivada por rivalidade futebolística, que com a inventiva versão do roubo.

2.3. ABSOLUTA FALTA DE PROVA DA SUBTRAÇÃO: RES FURTIVA NÃO ENCONTRADA COM OS RÉUS QUE SE ACIDENTARAM MINUTOS DEPOIS DA BRIGA

Segundo a acusação, os apelantes teriam subtraído duas carteiras e um aparelho celular, após terem usado violência contra as vítimas, no Viaduto Engenheiro Orlando Murgel, e em seguida, a poucos metros, foram avistados pela polícia no instante em que capotaram o veículo.

A denúncia afirma que o local da subtração foi no referido viaduto e o laudo pericial sobre o acidente do veículo indica que o mesmo capotou

no próprio viaduto (fls. 293 a 301), razão pela qual se deduz que o veículo com os supostos autores do roubo acidentou-se a poucos metros do local onde teria ocorrido o assalto.

Apesar da pouca distância existente entre o alegado local do roubo e o lugar do acidente e, conseqüentemente, da pequena fração de tempo decorrido entre um fato e outro, os supostos objetos subtraídos não foram encontrados com os apelantes, nem dentro do veículo.

Não se trata apenas de não ter sido encontrada a *res furtiva*, mas de não ter sido encontrada no carro onde estavam os supostos autores do roubo, que teria ocorrido a metros dali e há poucos instantes.

Se roubo tivesse ocorrido, onde estariam tais objetos? Como explicar que os policiais fizeram busca no veículo e nos arredores do acidente e não encontraram nenhum dos objetos supostamente subtraídos?

Acrescente-se que a subtração dos objetos mencionados poderia ter sido provada pela acusação, a quem cabe o ônus da prova de circunstâncias constitutivas, por outros meios. Quanto ao telefone celular, bastaria verificar em nome de quem estaria o aparelho e requerer fosse requisitada informações sobre a conta, para confirmar se naquela data houve comunicação do bloqueio da linha e quais as providências tomadas.

Do mesmo modo, seria possível se indagar pormenorizadamente quais os documentos subtraídos (documentos públicos e cartões bancários) e oficiar aos órgãos públicos e privados, para se confirmar providências decorrentes da subtração (cancelamento, expedição de segunda via). Sequer, no depoimento dos ofendidos, houve a preocupação de se verificar se os documentos apresentados eram de data posterior ao suposto roubo.

O fato de não terem sido encontrados tais objetos, em consonância com o restante dos autos, apenas revela que não existiu qualquer roubo. Simplesmente não ocorreu qualquer subtração.

2.4. DEPOIMENTOS DOS OFENDIDOS

A análise da prova no caso concreto está a demonstrar que a condenação constituiu-se em um grave erro judiciário. Primeiramente, verifica-se que os réus foram condenados exclusivamente com base nos depoimentos dos ofendidos, já que os policiais chegaram depois e só depuseram sobre fatos incontroversos.

A sentença não revela o necessário cuidado que se deve ter na avaliação desse meio de prova, razão pela qual não percebeu que os depoentes agiram movidos por ressentimento, já que enfrentaram os apelantes em uma contenda por time de futebol e levaram a pior. Também não se atentou à inverossimilhança da alegação dos depoentes, que alegam terem sido surpreendidos por anúncio de roubo em que um dos autores estaria portando uma barra de ferro e, mesmo assim, teriam descido do veículo, quando poderiam acelerar, fugindo dos supostos ladrões. Também não foram observadas as sérias e insuperáveis contradições existentes entre os depoimentos dos ofendidos, em juízo e na delegacia, indicadoras de sua falsidade.

2.4.1. VALOR PROBATÓRIO DO DEPOIMENTO DO OFENDIDO: CAUTELA NA SUA AFERIÇÃO.

Trata-se de ponto pacífico na doutrina e jurisprudência que a palavra da vítima deve ser visto com cautela redobrada, pois "sem o

dever de dizer a verdade”, as vítimas podem “ser consideradas parciais, espelhando uma visão particular dos fatos narrados na peça acusatória.”¹

ALTAVILLA, em obra clássica, abordou o risco de se dar relevo acrítico ao depoimento do ofendido:

“A parte lesada (...) é órgão de prova: as suas declarações são um meio de prova. Todavia, é demasiadamente interessada para que, abstractamente, não deva parecer uma prova suspeita.”²

“... as emoções que se determinam na vítima de um crime, são das que mais perturbam o processo psíquico, pois são a ira e o medo, de modo que, funciona tão tumultuosamente que pode introduzir elementos estranhos ou falseados.”³

Também MITTERMAYER constatou que em certos casos o depoimento do ofendido deve ser considerado suspeito: “é certo que a **paixão** ou o interesse que se pode ter em fazer declarar o acusado culpado, **são muitas vezes bastante forte para arrastar à mentira.**” Do que “resulta que a declaração da parte lesada pode ser **inquinada de suspeição**”.⁴

ESPÍNOLA FILHO, no mesmo sentido:

“Parte interessada, e muito diretamente interessada, na decisão da causa, não tendo (...) o seu depoimento prestado sob a vinculação da promessa solene, previamente feita ao juiz, de que dirá, e só dirá, a verdade, deve o ofendido ser objeto de um estudo especial, que incide, particularmente, sobre o teor e o

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 92.

² ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia Judiciária**. Vol. 2. Tradução de Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 193.

³ ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia Judiciária**. Vol. 2. Tradução de Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 194.

⁴ MITTERMAYER, C. J. A. **Tratado de Prova em Matéria Penal**. 2ª ed. Tradução. Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: Livraria J. Ribeiro dos Santos, 1909, pp. 293-294.

mérito das suas declarações, para avaliar a força probatória, susceptível de creditar-lhe à palavra.”⁵

Apesar de todas as manifestações doutrinárias indicando, com acerto, que o depoimento do ofendido deve ser visto com cautela, a decisão condenatória não observou o cuidado necessário na sua aferição. Que fique claro que a defesa não está a propugnar pela desconsideração, pura e simples, do depoimento dos ofendidos, mas sim por uma análise criteriosa, especialmente, tendo em vista o interesse, no caso concreto, que possuem em mentir.

2.4.2. RAZÕES PARA DUVIDAR DA CREDIBILIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS OFENDIDOS NO CASO CONCRETO.

2.4.2.1. O RESENTIMENTO CAUSADO PELA SURRA.

Não se pretende, por certo, desconsiderar a importância do depoimento do ofendido como meio de prova, tampouco se desconhece que a jurisprudência aceita a relevância de tal prova. Contudo, os julgados sempre condicionam a aceitação do depoimento do ofendido à sua coerência, harmonia e segurança. Do mesmo modo, também se condiciona a validade desse meio de prova à falta de interesse “em incriminar” os acusados.⁶

Foi MALATESTA quem deu lição que se aplica **exatamente ao caso concreto**. Diz que a animosidade pelo ofensor derivada do crime, e não de questões estranhas a este, e, por isso, não retira a credibilidade do reconhecimento do agressor, pois “não se pode ter animosidade senão

⁵ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, vol. III, p. 57-58, *apud* p. 1900.

⁶ *Apud* 1903.

contra o próprio ofensor".⁷ Em outras palavras, se o ódio deriva do crime, não haveria o ofendido de incriminar um inocente.

Todavia, reside nos limites de tal acusação o risco da mentira, pois o ressentimento "legitima a suspeita", "quanto à natureza do crime, sua medida e consequências".⁸

Em outras palavras, o ódio decorrente de agressão não retira a credibilidade da designação do autor do crime, mas pode retirar a credibilidade no que se refere à extensão do crime sofrido, pois por vingança, o ofendido pode agravar a acusação querendo prejudicar a pessoa odiada.

Nesse sentido, MALATESTA diz sobre a possibilidade de que uma vítima de um crime menor, por ódio, acuse o autor de ter cometido delito mais grave, "**para agravar as consequências penais contra ele**", ou em outros termos, "para piorar a sorte judicial do ofensor, odiado como tal."⁹

A verdade é que **não ocorreu roubo algum**, mas apenas **uma violenta briga entre os dois grupos de torcedores** rivais.

As vítimas, em razão do **ressentimento pela surra**, decidiram vingar-se dos agressores, mentindo sobre a existência de uma subtração de coisas que jamais foram encontradas com os supostos autores, que capotaram o carro minutos depois do ocorrido.

Foi o que ocorreu, em que os apelantes, que apenas brigaram com as vítimas e foram acusados de prática de crime de roubo, com o que os ofendidos deram vazão a todo o ressentimento decorrente da surra levada.

⁷ MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Tradução de J. Alves Sá. Campinas: Servanda Editora, 2009, p. 476.

⁸ MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Tradução de J. Alves Sá. Campinas: Servanda Editora, 2009, p. 477.

⁹ MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Tradução de J. Alves Sá. Campinas: Servanda Editora, 2009, p. 477.

2.4.2.2. A INVEROSSIMILHANÇA DE UM ROUBO PRATICADO NAS CONDIÇÕES DESCRITAS.

Como já dito acima, a questão não é a de desacreditar, pura e simplesmente, o depoimento do ofendido, mas apenas o de fazer uma atenta averiguação de sua consistência.

MALATESTA afirma que a *inverossimilhança* diminui a credibilidade do testemunho. Verossimilhança é a

“... conformidade do conteúdo testemunhal a isto que a experiência lhe adiciona como ordinário modo de ser e agir das coisas e dos homens. (...) Ora, do mesmo modo que o que se apresenta como verdade à consciência, resolve-se subjetivamente em *certeza*, o que se apresenta como *semelhante à verdade* se resolve subjetivamente em *probabilidade*.”¹⁰

E conclui, o autor a “**inverossimilhança é causa de diminuição de sua fé**”.¹¹

A inverossimilhança da versão dos ofendidos é gritante, em razão da **inusitada forma** — ou melhor, o bizarro modo — de prática de roubo imputada aos acusados. Os três réus teriam emparelhado o carro com o veículo ocupado pelas vítimas, descido e anunciado um assalto, portando apenas um pedaço de ferro na mão. Isso já bastaria para perda de credibilidade, pois não tem o menor sentido praticar um roubo nessas circunstâncias.

Mas, o estapafúrdio não para aí. **Ao invés de fugirem, já que não havia arma de fogo, as supostas vítimas de roubo, com uma**

¹⁰ MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Tradução de J. Alves Sá. Campinas: Servanda Editora, 2009, p. 436.

¹¹ MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Tradução de J. Alves Sá. Campinas: Servanda Editora, 2009, p. 436.

coragem assombrosa, teriam descido do carro, para defender-se de um roubo, que seria evitável com a simples fuga!

Capotado o carro, metros do local da suposta subtração, e apesar da chegada imediata dos policiais, as coisas subtraídas jamais foram encontrados com os réus. Desapareceram misteriosamente...

Como acreditar numa história estapafúrdia essa?

Quem iria se aventurar a cometer um roubo desse modo? Como explicar que as vítimas, podendo fugir, preferiram descer do carro para enfrentar três (ou cinco como dizem os ofendidos) homens que anunciaram um roubo?

A história contada pelas vítimas é insustentável! Não tem a menor verossimilhança. Primeiro, as máximas de experiência mostram que o autor de roubo tem cautela, não costuma se aventurar em "assaltos" por demais arriscados. Não teria o menor sentido descer do carro portando apenas uma barra de ferro para cometer um roubo contra outros dois homens.

Em segundo lugar, ninguém, ante uma situação de assalto como essa desceria do carro para enfrentar os ladrões, em superioridade numérica, quando era possível, simplesmente, evadir do local, acelerando o carro.

Convém repetir, quando a jurisprudência aceita a palavra do ofendido como meio de prova hábil a condenar o acusado, não o faz de modo absoluto — até porque nenhuma prova, nem mesmo a confissão, a teor do art. 197, CPP, tem valor absoluto. Ao contrário, os mais variados julgados condicionam a validade dessa prova com sua coerência e harmonia com o restante dos elementos probatórios.

No caso concreto, os depoimentos dos ofendidos **não são dignos de credibilidade**, porque sua versão sequer possui verossimilhança.

A verdade é que os ofendidos sofreram uma violenta surra, porque se envolveram em uma briga, e por vingança, **urdiram uma história estapafúrdia**, prejudicando a situação processual dos acusados.

2.4.2.3. O INTERESSE QUE TÊM OS OFENDIDOS DE DEFENDER-SE DE ACUSAÇÃO DE BRIGA NA RUA

ALTAVILLA afirmava que o ofendido pode mentir conscientemente, por várias razões, uma delas é o “movimento de defesa”, “que acontece sempre que tenha uma responsabilidade a defender”¹²

No caso concreto, não se pode perder de vista que o interesse em acusar os réus de roubo, é a forma que têm as supostas vítimas de negarem a participação em uma briga de rua, por motivos futebolísticos. Com isso, eximiram-se de acusação de crime de rixa.

2.4.3. AS MANIFESTAS CONTRADIÇÕES DOS DEPOIMENTOS REVELADORAS DA FARSA MONTADA PARA INCRIMINAR OS RÉUS POR CRIME MAIS GRAVE (ROUBO) QUE O REALMENTE COMETIDO (LESÃO CORPORAL)

Além da inverossimilhança da versão dos ofendidos, verifica-se que seus depoimentos estão repletos de falhas importantes que revelam a falsidade da versão.

¹² ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia Judiciária**. Vol. 2. Tradução de Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 201.

As contradições de um depoimento, especialmente entre dois depoimentos em momentos distintos são reveladoras de que o depoente mente.

É o que diz Malatesta:

“A testemunha que percebeu a verdade, e pretende afirmá-la, não varia em seus depoimentos sucessivos, pois a verdade é sempre a mesma. Quando, ao contrário, ela mente, então são naturais as variações, pois, nas mentiras, se é guiado pela imaginação e a imaginação é variável por sua própria natureza. Eis por que a contradição entre o conteúdo de um depoimento e o de um precedente desacredita o valor do depoimento.”¹³

A primeira questão que merece destaque diz respeito ao fato de estarem sendo seguidos pelos apelantes.

Na Delegacia de Polícia, as duas vítimas deram uma versão padronizada do ocorrido, relatando que teriam sido seguidos por um carro (D.R.A.: “momento em que notaram que estavam sendo seguidos” — E.C.: “notou um veículo C3 de placa FDH 4670 em atitude suspeita, seguindo o seu veículo). Já em juízo, D.R.A. relatou ter sido surpreendido pelo carro que parou ao lado: “no momento que nós paramos no farol eles pararam o carro do lado direito”. Contrariando o que disse no auto de prisão em flagrante, indagado a respeito, **negou peremptoriamente ter dito que havia sido seguido.**

Outra questão importante, diz respeito ao fato de as vítimas terem descido do veículo, já que se tratava de roubo sem emprego de arma de fogo, e sobre a existência de discussão anterior. Fica claro pelos depoimentos que eles desceram para enfrentar os apelantes.

¹³ MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Tradução de J. Alves Sá. Campinas: Servanda Editora, 2009, p. 446.

Os apelantes são unânimes na afirmativa de que houve prévia discussão, com o carro em movimento, por futebol e, quando os veículos pararam, todos desceram e se envolveram em intensa briga corporal.

Nesse sentido, os supostos ofendidos em nenhum momento conseguiram explicar por que teriam descido do carro se estavam prestes a serem vítimas de roubo.

E.C. afirma que os dois desceram concomitantemente (**"descemos parcialmente (sic) ao mesmo tempo"**). Já D.R.A. diz que Alysson desceu primeiro e que antes havia discutido: **"o meu primo começou a discutir e já desceu do carro... quando eu vi meu primo descendo eu falei 'não vou deixar ele só'... aí eles desceram na rua agredindo nós"**. Já E.C. afirma que **não houve qualquer discussão**, embora em certo trecho de seu depoimento em juízo diz que pensou tratar-se de intriga de trânsito (**"aí desceram a gente achou que era alguma coisa de trânsito"**).

D.R.A. diz que E.C. discutiu e desceu do carro, e E.C. nega qualquer discussão, mas falou pensou ser "alguma coisa de trânsito".

Se se tratava de roubo, o que teria discutido E.C. com os "assaltantes"?

Mas se foram surpreendidos, por que disseram na Delegacia que foram seguidos?

Outra contradição importante se refere ao fato de os acusados terem dito sobre o roubo. Na delegacia, ambos disseram que os acusados teriam "anunciado o roubo" (D.R.A.: "após anunciarem o roubo" - fls. 06. E.C.: "cinco indivíduos desceram do aludido veículo e anunciaram o roubo" - fls. 08). Já em juízo disseram que os acusados disseram "perdeu, perdeu". D.R.A. afirmou categoricamente que não ouviu "anúncio de roubo".

D.R.A. afirmou na delegacia que havia legado uma garrafada (“sendo que recebeu uma garrafada e desmaiou” - fls. 06). Ainda na Delegacia, E.C. também falou que seu primo foi agredido com garrafada (“os indivíduos agrediram seu primo com garrafadas”). Em juízo nenhum dos dois falou de garrafadas, mudando o depoimento para o pedaço de ferro, certamente para dar uma coloração mais grave ao ocorrido.

Merece destaque a seletividade da memória de ambos. D.R.A. fala que tão logo desceu do carro foi agredido e desmaiou: “foi muito rápido porque senti uma pancada muito forte na cabeça eu já...”. Apesar de toda rapidez, quando foi conveniente, ele deu uma descrição pormenorizada de um suposto quarto indivíduo (“um era bem magro”, “inclusive tinha o cabelo até preso, tinha o cabelo liso”, disse fazendo gesto da existência de “rabo-de-cavalo”). Contudo, nenhum dos dois foi capaz de identificar quem estava com a barra de ferro.

Outro detalhe é sobre os bens pertencentes a cada um deles, que teriam sido subtraídos e que não foram encontrados com os réus, que se acidentaram instantes depois.

D.R.A., na Delegacia, afirmou que “constatou que sua carteira havia sido subtraída contendo documentos e R\$ 60,00”. Em juízo, afirmou que após o desmaio, percebeu que “estava sem a carteira, sem o aparelho celular Nextel”. Por que na delegacia, não falou em aparelho de celular?

Como explicar que D.R.A. tenha omitido fato tão relevante na Delegacia de Polícia, como a subtração de um aparelho Nextel? Ou teria ele se confundido e esquecido que o aparelho Nextel seria de seu primo? Nesse caso, como não se lembrar dos procedimentos juntos à empresa de telefonia para bloqueio da linha telefônica?

Ainda em juízo, D.R.A. afirmou que de seu primo E.C. “não levaram nada”.

E.C., por sua vez, disse na Delegacia que haviam subtraído seu aparelho Nextel, R\$ 100,00 e sua CNH (fls. 07). Já em juízo não mencionou sua CNH, e falou da carteira e do aparelho Nextel.

Indagado se ele havia dito para seu primo D.R.A. que não havia tido pertences subtraídos, E.C. negou.

De quem era, afinal, o Nextel? Na Delegacia era apenas **um** aparelho celular Nextel subtraído, pertencente a E.C., segundo o Boletim de Ocorrência (fls. 15). Em juízo, seriam dois aparelhos, já que tanto D.R.A., como E.C. afirmaram que tiveram o aparelho subtraído.

Aliás, não se pode deixar de observar que não houve, em nenhum momento nos autos, o cuidado de se indagar sobre o número do telefone subtraído, para que se pudesse oficial à empresa de telefonia para confirmar sua existência e se foi feita alguma confirmação de roubo.

Desse modo, a questão do aparelho celular fica como uma mera alegação jogada ao vento pelas supostas vítimas, ora de um jeito, ora de outro, com o fim de incriminar os apelantes.

Outra contradição relevante está no próprio depoimento judicial de E.C., que chegou a afirmar que na Delegacia reconheceu **cinco pessoas** que teriam sido presas ("**reconheci todos que estavam, tinham cinco, né, que foram presos lá**"). Confrontado pelo representante do Ministério Público sobre o reconhecimento de **três pessoas** feito na Delegacia, confirmou que era sua assinatura, e admitiu que estava enganado, que havia reconhecido apenas três pessoas.

Ora, como se confundir sobre algo tão relevante? A explicação está no fato de que inventaram a existência de cinco pessoas, ao invés das três, e o depoente confundiu-se com a própria mentira.

Em resumo, entre os quatro depoimentos das vítimas (dois de cada) há contradições insustentáveis, que revelam tratar-se de uma

tentativa de vingança contra os três com quem brigaram e que levaram a melhor na briga.

Não existe a mais tênue harmonia sobre quem desceu do carro primeiro; sobre o porquê de terem descido do carro, se notaram que era um roubo; sobre se perceberam que estavam sendo seguidos; sobre a existência de prévia discussão; se houve anúncio do roubo; sobre quais os bens foram subtraídos e, especialmente, a quem pertencia o aparelho Nextel supostamente subtraído.

Todas essas contradições estão a revelar que os ofendidos, com o fim de vingar-se contra seus agressores, mentiram pretendendo incriminar-lhes de delito mais grave do que o ocorrido.

3.FIXAÇÃO DA PENA

3.1.1. A INDEVIDA FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL

Abstraindo-se a imperiosa absolvição dos apelantes, forçoso é reconhecer que houve excesso na fixação da pena-base, estabelecida em 1/6 acima do mínimo legal. Com efeito, ainda que crime de roubo tivesse ocorrido, não deveria prevalecer o fundamento usado, pois a ocorrência da violência, como elemento constitutivo do crime de roubo não pode ser usado para exacerbar a pena-base.

De rigor, pois, que a pena-base permanecesse no mínimo legal.

3.1.2. A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA

Na segunda fase de fixação da pena, a MM. Juíza *a quo* determinou o agravamento da pena dos apelantes **A.S.G.** e **M.R.G.** em razão da existência da reincidência.

Contudo, a sentença, nesse ponto, não contém a devida fundamentação. Basta verificar que não faz nenhuma menção a qual teria sido a condenação anterior transitada em julgado. Nem mesmo se menciona a número da folha onde estaria a certidão do trânsito em julgado por condenação anterior, sem a qual não se pode reconhecer a reincidência (STF – HC 54.569).

Com isso, a sentença descumpriu, neste tópico, o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal, já que não fundamentou devidamente a ocorrência da reincidência. Com isso, sequer a defesa pode impugnar a existência da agravante, pois não consegue perceber em que se baseou a MM. Juíza, para reconhecer a reincidência.

Por falta de fundamentação, é de rigor o afastamento da agravante da reincidência.

3.1.3. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA

Afastada a reincidência de **A.S.G.** e **M.R.G.**, todos os apelantes teriam direito ao regime semi-aberto para início do cumprimento da pena, especialmente se feita a detração do tempo que cumpriu de prisão provisória, que, nos termos do art. 387, § 2º, deveria ter sido feito.

Assim, ainda que se mantivesse a condenação, seria de rigor, com a detração estabelecida no artigo mencionado, a fixação do regime semi-aberto para início do cumprimento da pena.

4. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, processado o presente apelo, os apelantes aguardam seja dado provimento ao recurso para o fim de **decretar sua absolvição**, por insuficiência de provas. Subsidiariamente, esperam a fixação da pena-base no mínimo legal, o afastamento da agravante da reincidência aplicada para os apelantes **A.S.G.** e **M.R.G.**, bem como a fixação de regime semi-aberto para início de cumprimento da pena de todos os apelantes.

São Paulo, 09 de setembro de 2013.

José Nabuco Filho
OAB-SP _____