

OBS: Na jurisprudência citada, sempre que não houver indicação do tribunal, entenda-se que é do Superior Tribunal de Justiça.

Índices
Ementas – ordem alfabética
Ementas – ordem numérica
Índice do “CD”

Tese 516-A

ROUBO. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA DOS §§ 2º e 2º-A, DO ART. 157 DO CP. APLICAÇÃO CUMULATIVA. ARTIGO 68, PARÁGRAFO ÚNICO, CP. POSSIBILIDADE.

As causas de aumento de pena do artigo 157, § 2º, do Código Penal, podem ser aplicadas cumulativamente com as previstas § 2º-A, do mesmo artigo, quando as circunstâncias demonstrarem a gravidade concreta das majorantes.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DA EGRÉGIA SEÇÃO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

▶ Se, apesar de provocado, via embargos de declaração, o tribunal *a quo* se nega a emitir pronunciamento acerca dos pontos tidos como omissos, contraditórios ou obscuros, deve o recorrente especial alegar contrariedade ao art. 619, do CPP. TEx 008

▶ As causas de aumento de pena do artigo 157, § 2º, do Código Penal, podem ser aplicadas cumulativamente com o emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º-A, I, CP), quando as circunstâncias demonstrarem a gravidade concreta do delito.

▶ Acompanha cópia do **AgRg no REsp 1.886.978 /PR**, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, Julgamento 27/10/2020, DJe 12/11/2020, ofertado como paradigma.

O **Ministério Público do Estado de São Paulo**, nos autos da **Apelação Criminal nº 1528861-53.2019.8.26.0228**, da comarca de São Paulo, em que figura como apelante **ALEX DE SOUSA BISPO**, vem à presença de Vossa Excelência, com fundamento no art. 105, inciso III, **alíneas "a" e "c"**, da Constituição Federal, e no artigo 1.029, *caput*, e § 1º, do Código de Processo Civil, interpor **RECURSO ESPECIAL**, para o **C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**, contra o v. acórdão de fls. 265/282, integrado às fls. 06/12, dos autos de embargos de declaração, da 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pelos seguintes motivos.

1 – RESUMO DOS AUTOS

ALEX DE SOUSA BISPO foi denunciado como incurso no artigo 157, § 2º, II e V, e § 2º-A, I, do Código Penal (2 vezes), c.c. artigo 70, ambos do Código Penal porque no dia 03 de dezembro de 2019, por volta de 17:30 horas, na Rodovia Anhanguera, no município de São Paulo, agindo em concurso com ANTONIO LIBERATO DA SILVA e VALNEY MIRANDA DOS SANTOS, com identidade de propósitos e previamente ajustados entre si e com outros indivíduos não identificados, subtraíram para proveito comum, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo contra *Alessandro de Andrade Leandro*, mantendo-o sob seu poder, restringindo sua liberdade, um telefone celular Samsung J8 de sua propriedade, o veículo Fiat/Fiorino, de placas EJS6267, pertencente à Transportadora Via Expressa, bem como sua carga de 120 (cento e vinte) telefones celulares, avaliada em aproximadamente R\$ 165.000,00 (cento e sessenta e cinco mil reais), pertencente à empresa "*Fast Shop S.A*" (cf. denúncia de fls. 91/94).

Concluído o sumário de culpa, a ação foi julgada procedente e o acusado condenado às penas de 14 anos, 03 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 30 dias-multa.

Na fixação da pena, o Juízo *a quo*: **a)** elevou a pena base em razão da gravidade concreta do delito, porque a ação foi ousada, contando com a participação de sete pessoas, em via pública movimentada; **b)** na segunda fase, aumentou a pena em 1/6 por conta da reincidência; **c)** na terceira fase, aumentou a pena em 1/5 por conta da duplicidade de causas de aumento (concurso de pessoas e restrição da liberdade); depois, aumentou em 2/3 por conta do emprego de arma de fogo; finalmente, majorou em 1/5 por conta do concurso formal de delitos (cf. sentença de fls. 172/173).

A defesa e o Ministério Público apelaram. Aquela, pleiteou a absolvição e, subsidiariamente, a desclassificação para o crime de receptação ou o reconhecimento de crime único, diminuição da pena e mitigação do regime prisional (fls. 182); este, pleiteou o aumento da pena base, maior aumento na segunda fase pela reincidência específica, maior fração de aumento pelo duplicidade de majorantes e a aplicação cumulativa com o emprego de arma de fogo (fls. 180).

Sobreveio parecer da Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento do recurso defensivo e pelo provimento do recurso da acusação (fls. 252/261).

A C. 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em votação unânime, negou provimento ao recurso do Ministério Público e deu parcial provimento ao recurso da defesa para mitigar a pena, nos seguintes termos: **a) na primeira fase:** afastar os maus antecedentes e a conduta social inadequada, mas manter a majoração da pena em 1/4 em razão da maior ousadia da ação e duplicidade de causas de aumento de pena (concurso de pessoas e restrição da liberdade) e; **b) na segunda fase:** manter a majoração em 1/6 em razão da reincidência específica; **c) na terceira fase:** manter o aumento da pena na fração de 2/3 por conta do emprego de arma de fogo, afastando a majoração por conta das causas de aumento do concurso de pessoas e a restrição da liberdade porque aplicadas na primeira fase, eis que considerá-las nessa fase configuraria *bis in idem*, nos termos do voto do relator, Des. Luiz Fernando Vaggione, a seguir transcrito na parte em que interessa ao presente recurso:

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1528861-53.2019.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado ALEX DE SOUSA BISPO, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **NEGARAM PROVIMENTO** ao recurso do Ministério Público e **DERAMPARCIAL PROVIMENTO** ao apelo defensivo, a fim de reduzir a pena imposta ao réu Alex de Sousa Bispo para 11 (onze) anos, 04 (quatro) meses e 03 (três) dias de reclusão e 26 (vinte e seis) dias-multa, no piso, mantendo-se, no mais, a r. sentença.V.U. Comunique-se o Juízo das Execuções Criminais dos termos da presente decisão (Portaria 5/2016 da Egrégia Presidência da Seção Criminal)., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores **ALEX ZILENOVSKI** (Presidente) E **FRANCISCO ORLANDO**.

São Paulo, 9 de fevereiro de 2021.

LUIZ FERNANDO VAGGIONE

Relator

Assinatura Eletrônica

Apelação nº 1528861-53.2019.8.26.0228

Comarca: São Paulo

Apelantes/Apelados: Alex de Sousa Bispo e Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelação. Roubo triplamente majorado. Concurso de pessoas, emprego de arma de fogo e restrição de liberdade da vítima. Recurso do Ministério Público e da defesa. Prova segura. Autoria e materialidade demonstradas. Condenação mantida. Desclassificação para o crime de receptação. Impossibilidade. Reconhecimento de crime único. Inviabilidade. Concurso formal de crimes. Dosimetria. Penas reajustadas. Afastamento dos maus antecedentes. Única condenação definitiva valorada como reincidência. Duas causas de aumento consideradas como circunstâncias judiciais desfavoráveis. Manutenção. Acréscimo em 1/6 referente a reincidência específica. Precedentes. Consideração apenas da majorante do emprego de arma de fogo na terceira fase, sob pena de bis in idem. Regime inicial fechado mantido. Recurso do Ministério Público desprovido e defensivo parcialmente provido.

Vistos.

Ao relatório da r. sentença de fls. 168/175, que passa a integrar a presente decisão, acrescenta-se que Alex de Sousa Bispo foi condenado às penas de 14 (quatorze) anos, 03 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento 30 (trinta) dias-multa, no valor unitário mínimo, porque incurso nos artigos 157, § 2º, incisos II e V, e § 2º-A, inciso I, por duas vezes, c.c. artigo 70, c.c. artigo 61, inciso I, todos do Código Penal.

Inconformados, apelam o acusado e o Ministério Público (fl. 176).

Em suas razões, a Justiça Pública pleiteia a majoração da pena-base, levando em consideração a causa de aumento de pena da restrição de liberdade como circunstância judicial; o aumento da fração utilizada na segunda etapa dosimetria, em razão da reincidência específica; e o aumento em 1/3 decorrente da causa de aumento do concurso de agentes, sem prejuízo do posterior aumento decorrente do emprego de arma de fogo (fls. 180/183).

Por sua vez, o réu pleiteia a absolvição por insuficiência de provas. Subsidiariamente, requer a desclassificação para o crime de receptação; o reconhecimento de crime único; a fixação da pena-base no mínimo legal; o afastamento das causas de aumento; e o abrandamento do regime prisional, com aplicação da detração penal (fls. 185/229).

Contra-arrazoados os apelos (fls. 232/233 e 236/241), manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 252/261) pelo provimento do recurso ministerial e pelo não provimento do recurso defensivo.

O processo foi desmembrado em relação aos corréus Antônio Liberato Silva e Valney Miranda Dos Santos.

É o relatório.

[...]

Enfim, o conjunto probatório não deixa dúvidas quanto à existência e autoria do crime de roubo descrito na denúncia. De rigor, portanto, a manutenção da condenação.

Passa-se à análise das reprimendas.

A dosimetria foi assim realizada pela magistrada a quo (fls.172/173):

“O acusado Alex registra duas condenações definitivas (fls.150/151). O réu revela comportamento social inadequado e não aproveitou a oportunidade de permanecer na comunidade dos homens livres. Por outro lado, a ação contou com a participação de sete ou oito agentes. A ação se revelou ousada, em via pública relativamente movimentada. Some-se a isso que a vítima foi privada de sua liberdade, o que provavelmente lhe causou sofrimento. Portanto, diante de tais circunstâncias, a pena dos crimes de roubo deve ser fixada ao réu acima do mínimo legal, ou seja, 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa. Diante dos maus antecedentes, elevo a sanção em um sexto, perfazendo 05 (cinco) anos e 03 (três) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa. Em razão do reconhecimento da reincidência, aumento a sanção em um sexto, perfazendo 06 (seis) anos, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa. Anoto, ademais, que com a alteração do artigo 157 do Código Penal estão concorrendo duas ou mais qualificadoras no mesmo tipo penal. Portanto, aplicarei uma delas, a de maior exasperação, e a segunda funcionará como circunstância do artigo 59 do Código Penal. Portanto, diante do reconhecimento do concurso de pessoas e restrição de liberdade, aumento a pena em um quinto, resultando 07 (sete) anos, 04 (quatro) meses e 06 (seis) dias de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa. Ante o reconhecimento da qualificadora do emprego de arma de fogo, aumento a reprimenda em dois terços, perfazendo 12 (doze) anos e 03 (três) meses de reclusão e 26 (vinte e seis) dias-multa. Diante do reconhecimento do concurso formal, aumento a sanção de um dos crimes de roubo, pois a pena dos três é a mesma, em um quinto, pois foram três roubos, perfazendo 14 (quatorze) anos, 03 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 30 (trinta) dias-multa”.

Todavia, a reprimenda comporta reparos.

Na primeira fase da dosimetria, em consulta à certidão do distribuidor criminal (fls. 149/152), verifica-se que o réu ostenta apenas uma condenação definitiva (fls. 150 Processo nº 0001803-97.2014.8.26.0108 com trânsito em julgado para a defesa em 12/07/2017), a qual será valorada na segunda fase a título de reincidência. Assim, afasto os maus antecedentes.

Afasto, igualmente, a conduta social inadequada porque sobre ela não há informações nos autos e pela prática dos roubos o apelante já está sendo devidamente punido.

Mantenho, no entanto, a ousadia da ação, a demonstrar a maior intensidade do dolo, eis que praticados os roubos em rodovia de grande circulação de veículos e que contou com a interceptação do utilitário conduzido pela vítima por três veículos, colocando em risco a vida da vítima Alessandro condutor do Fiorino e dos demais usuários da Rodovia Anhanguera.

Ainda nessa etapa, conforme a jurisprudência dos Tribunais Superiores, não há óbice em considerar duas causas de aumento como circunstâncias judiciais desfavoráveis, tal como feito pela juíza de primeiro grau. Contudo, é evidente que essas circunstâncias não serão levadas em consideração na terceira fase como ocorreu, sob pena de bis in idem.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIMES DE ROUBO MAJORADO, CORRUPÇÃO DE MENORES E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MODUS OPERANDI. MAJORANTES DO CRIME DE ROUBO. QUANTUM DE AUMENTO. ADEQUAÇÃO. ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA.9 (NOVE) CRIMES. CULPABILIDADE. ACRÉSCIMO JUSTIFICADO. PROVAS DA PARTICIPAÇÃO DO RÉU NOS DELITOS. REVOLVIMENTO FÁTICO PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. WRIT DO QUAL NÃO SE CONHECEU. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1. A ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada, devendo o magistrado eleger a sanção que melhor

servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado, exatamente como realizado na espécie.² Na hipótese, o acórdão recorrido, em observância ao princípio da individualização da pena, utilizou argumentos idôneos para considerar negativa a circunstância judicial da culpabilidade, em razão da restrição da liberdade das vítimas, do concurso de agentes e da truculência empregada contra as vítimas, decidindo em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior.³ A jurisprudência desta Corte se direciona no sentido de que, havendo mais de uma majorante do delito de roubo, como na hipótese, é possível que uma delas seja utilizada como tal e as demais sejam consideradas como circunstâncias judiciais desfavoráveis para elevar a pena-base na primeira fase do cálculo dosimétrico.(...) 9. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 557.261/PB, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2020, DJe 04/05/2020).

Assim, diante do reconhecimento das duas majorantes supracitadas como circunstâncias judiciais desfavoráveis (concurso de pessoas e restrição da liberdade da vítima) e a intensidade do dolo, procedo ao aumento de 1/4 nas penas-base dos crimes, alcançando 05 (cinco) anos de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Na segunda etapa do cálculo, como já adiantado, presente a reincidência específica do réu, mantenho o aumento operado em 1/6 (um sexto), atingindo 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa. Em que pese a irresignação do Ministério Público, nota-se que o réu ostenta apenas uma condenação definitiva, de modo que o acréscimo nesse patamar é suficiente, ainda que a recidiva seja específica.

Confira-se:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. FURTO SIMPLES. DOSIMETRIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/6 PARA MAJORAÇÃO DA PENA-BASE EM RAZÃO DOS MAUS ANTECEDENTES. DESCABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE CRITÉRIO MATEMÁTICO. DISCRICIONARIEDADE JURIDICAMENTE VINCULADA. ACRÉSCIMO CONCRETAMENTE MOTIVADO. PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO DA PENA PELA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. VIABILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA QUE NÃO ENSEJA O INCREMENTO MAIOR QUE A USUAL FRAÇÃO DE 1/6. PRECEDENTE JULGADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE NO HC N. 365.963/SP. REGIME FECHADO. ACUSADO REINCIDENTE E COM CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À SÚMULA N. 269 DESTA CORTE. MANUTENÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.(...) (HC 578.638/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/05/2020, DJe 03/06/2020).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. RECEPÇÃO. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. FRAÇÃO SUPERIOR À 1/6. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.(...) III - Consoante entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, a aplicação de fração superior à 1/6 (um sexto), pelo reconhecimento das agravantes e das atenuantes, exige motivação concreta e idônea. IV - A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do HC n. 365.963/SP, ocorrido em 11/10/2017, a fim de se evitar distinção entre as condenações anteriores, firmou a tese de que não há maior desvalor na conduta do réu que ostente outra condenação pelo mesmo delito. V - "Após a reforma da Parte Geral do Código Penal, operada em pela Lei n. 7.209/1984, não há mais distinção entre os efeitos da reincidência genérica e específica, sendo inadmissível que o aplicador da lei assim o proceda, sob pena de ofensa aos princípios da legalidade e da proporcionalidade" (HC n. 6519.347/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 19/12/2019). Entender em sentido contrário é atribuir mais desvalor à conduta do sujeito que comete um crime de furto e, posteriormente, incorre no mesmo delito, do que à conduta do indivíduo que pratica um homicídio e, posteriormente, executa o delito de furto. VI - Na hipótese, o Tribunal de origem incorreu em constrangimento

ilegal, pois manteve a fração de 1/5 (um quinto), em relação ao crime de receptação, sob a premissa de que a recidiva específica justifica o incremento maior da pena, em dissonância com o entendimento desta Corte. Precedentes. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício. (HC 556.573/SP, Rel.Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE),QUINTA TURMA ,julgado em20/02/2020,DJe02/03/2020).

Na última fase, acresço a pena na fração única de 2/3 (dois terços) concernente à majorante do emprego de arma de fogo, prevista no artigo 157, §2º-A, inciso I, do Código Penal, atingindo em 09 (nove)anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além do pagamento de 23 (vinte e três) dias-multa.

Ressalto que as causas de aumento remanescentes, prevista no § 2.º incisos II e V, já foram consideradas na primeira etapa do cálculo, de forma que considerá-las novamente configuraria indesejável bis in idem.

Por fim, diante do concurso formal de crimes, a magistrada procedeu ao aumento de 1/5 (um quinto), entendendo que teriam ocorrido três crimes de roubo. Todavia, observa-se que houve erro material na dosimetria, porquanto na fundamentação da r. sentença (fls.171/172) constou a ocorrência de dois roubos, contra duas vítimas distintas (Alessandro e Fast Shop). Dessa forma, elevo a pena em 1/6 (um sexto), tornando-se definitiva em11 (onze) anos, 04 (quatro) meses e 03 (três) dias de reclusão e 26 (vinte e seis) dias-multa.

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.INADEQUAÇÃO.ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS. DOSIMETRIA.CONCURSO FORMAL. TRÊS VÍTIMAS. AUMENTO NO PATAMAR DE 1/5 CABÍVEL. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. REGIME PRISIONAL FECHADO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. MODUS OPERANDI. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.(...) 3. Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, o aumento decorrente do concurso formal tem como parâmetro o número de delitos perpetrados, dentro do intervalo legal de 1/6 a 1/2. Nesses termos, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5,para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações e 1/2 para 6 ou mais infrações. In casu, tratando-se de três infrações, deve incidir o aumento na fração de 1/5. (...) (HC603.600/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTATURMA, julgado em 08/09/2020, DJe 14/09/2020).

[...]

O Ministério Público opôs embargos de declaração aduzindo que houve omissão na análise da gravidade concreta do delito, o que ensejaria a manutenção das causas de aumento de pena do concurso de pessoas e da restrição da liberdade na terceira fase da dosimetria, com aplicação cumulativa com o emprego de arma de fogo, eis que a pena base já havia sido majorada pelo *modus operandi*,(como pleiteado no recurso de apelação da acusação), os quais foram rejeitados nos seguintes termos (transcrição integral da parte que interessa ao presente recurso):

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Criminal nº 1528861-53.2019.8.26.0228/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é embargado COLENDIA 2ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Rejeitaram os embargos. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente) E FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 6 de abril de 2021.

LUIZ FERNANDO VAGGIONE

Relator

Assinatura Eletrônica

Embargos de declaração. Omissão. Matéria suficientemente analisada e decidida no v. Acórdão embargado. Pretensão de atribuição de efeito infringente. Impossibilidade. Embargos rejeitados

O Ministério Público do Estado de São Paulo opõe Embargos de Declaração em face do v. Acórdão de fls. 256/282, desta Colenda 2ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso ministerial e deu parcial provimento ao recurso do réu Alex de Sousa Bispo, reduzindo a pena imposta para 11 (onze) anos, 04 (quatro) meses e 03 (três) dias de reclusão e 26 (vinte e seis) dias-multa, no piso, porque incurso nos artigos 157, § 2º, incisos II e V, e § 2º-A, inciso I, por duas vezes, c.c. artigo 70, c.c. artigo 61, inciso I, todos do Código Penal.

Sustenta o embargante que o r. decisum ostenta omissão no tocante a não incidência do concurso de pessoas e da restrição da liberdade da vítima (art. 157, §2º, II e V, CP) na terceira fase da dosimetria. Postula, assim, que os vícios apontados sejam sanados (fls. 01/04 incidente).

É o relatório.

[...]

Respeitados os argumentos do Ministério Público, restou claro no v. acórdão que as causas de aumento do concurso de agentes e da restrição da liberdade da vítima não foram consideradas na terceira fase da dosimetria, porquanto já valoradas na primeira etapa, de forma que considerá-las também na derradeira fase configuraria indesejável bis in idem, o que não se admite.

Nesse sentido: "(...) -

É firme a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser possível o emprego das causas de aumento sobejantes - vale dizer, das não empregadas na terceira fase - do roubo praticado com mais de uma circunstância majorante, para motivar a exasperação da pena-base, vedado apenas o bis in idem. (HC 462.338/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTATURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018).

Dessa forma, houve apenas a valoração da causa de aumento do emprego de arma de fogo na última etapa".

Assim decidindo, o v. acórdão contrariou o disposto no artigo 619 do Código de Processo Penal e nos artigos 59, 157, § 2º, II e V, e 68, *caput*, e parágrafo único, todos do Código Penal, bem como dissentiu de anteriores julgados do Egrégio Superior Tribunal de Justiça na interpretação desses mesmos dispositivos, autorizando a interposição do presente Recurso Especial, com base nas **alíneas**

“a” e “c” do inciso III do art. 105 da CF, para que prevaleçam as seguintes teses jurídicas:

I - Se, apesar de provocado, via embargos de declaração, o tribunal *a quo* se nega a emitir pronunciamento acerca dos pontos tidos como omissos, contraditórios ou obscuros, deve o recorrente especial alegar contrariedade ao art. 619, do CPP

II - As causas de aumento de pena do artigo 157, § 2º, do Código Penal, podem ser aplicadas cumulativamente com o emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º-A, I, CP), quando as circunstâncias demonstrarem a gravidade concreta do delito.

2. CONTRARIEDADE AO ARTIGO 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - TESE I

Atento à necessidade de conferir legitimidade democrática ao exercício da função jurisdicional, o constituinte inscreveu na Carta Política, com tintas fortes, a obrigação de todo órgão jurisdicional (em qualquer grau de jurisdição) explicitar as razões de seu convencimento, fulminando de nulidade o ato decisório carente de motivação (artigo 93, IX, da CF).

O dispositivo infraconstitucional maltratado pela Corte Estadual (art. 619 do Código de Processo Penal), que deita raiz no princípio constitucional da motivação das decisões judiciais, estabelece o dever de o Estado-juiz expor as razões de fato e de direito que o convenceram a decidir de determinada maneira qualquer questão relevante do processo.

Daí porque se conclui que *“o vício de fundamentação abrange a hipótese em que existe alguma motivação, mas ela é*

insuficiente” (Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes – *As nulidades no processo penal*, RT, 2011, 12ª ed., pág. 202), tal como ocorre quando o órgão julgador omite-se em apreciar questão importante apresentada por uma das partes, com aptidão para influir no direcionamento da decisão.

A exigência de fundamentação adequada como pressuposto de validade de qualquer ato judicial com carga decisória, vale lembrar, tem finalidade intraprocessual, na medida em que permite às partes e às instâncias superiores o exame dos processos intelectuais que levaram à decisão, e extraprocessual, pois garante *“um respeito efetivo pelo princípio da legalidade na sentença e a própria independência e imparcialidade dos juízes uma vez que os destinatários da decisão não são apenas os sujeitos processuais mas a própria sociedade”* (Germano Marques da Silva, *Curso de processo penal*, Lisboa: Editorial Verbo, 2000, 2. ed., v. III, p. 294).

Assim é que, acaso não obedecidas, em relação a determinado ponto relevante, as normas que impõe ao Estado-juiz o dever de motivar a sentença ou acórdão (artigo 381, III, do CPC) e de completar decisão eventualmente omissa, contraditória ou obscura (artigo 619 do CPP) o ato decisório será absolutamente **nulo**, pois estará caracterizada a negativa de prestação jurisdicional.

No caso em exame, o Tribunal recorrido **entregou prestação jurisdicional incompleta**, pois, apesar da oposição de embargos declaratórios pelo Ministério Público com a finalidade de suprir omissão existentes no julgamento, **não se pronunciou especificamente quanto ao ponto colocado nos embargos, acima mencionados.**

Com efeito, o Juízo *a quo* elevou a pena base por conta do *modus operandi*. Na terceira fase, aumentou a pena pelo concurso

de pessoas e restrição da liberdade das vítimas e, depois, novamente pelo emprego de arma de fogo.

O v. acórdão, por seu turno, manteve o aumento da base por conta do *modus operandi*, mas **deslocou** a valoração das causas de aumento de pena do concurso de pessoas e da restrição da liberdade para a primeira fase.

Nos embargos de declaração, o Ministério Público questionou os motivos da não utilização das causas de aumento dos incisos II e V, do § 2º, do artigo 157, CP na terceira fase, em cumulação com o emprego de arma, na medida em que o aumento da pena base já estava justificado pelo *modus operandi e consequências do delito*. (fls. 04 dos autos de embargos de declaração).

Porém, apesar de ser dada uma oportunidade à Corte Paulista para esclarecer a omissão apontada, preferiu rejeitá-la afirmando apenas que *"as causas de aumento do concurso de agentes e da restrição da liberdade da vítima não foram consideradas na terceira fase da dosimetria, porquanto já valoradas na primeira etapa"* (fls. 11/12 dos autos de embargos de declaração).

Desse modo, o v. acórdão de apelação continua incompleto, especificamente, omissos, eis que o que se questionou nos embargos foi o motivo de haver deslocado as causas de aumento de pena dos incisos II e V, do § 2º, do artigo 157, CP para a primeira fase da dosimetria, e não a sua aplicação em duas das fases.

Por isso, *"se, apesar de provocado, via embargos de declaração, o Tribunal a quo se nega a emitir pronunciamento acerca dos pontos tidos como omissos, contraditórios ou obscuros, deve o recorrente especial alegar contrariedade ao art. 619, do CPP, pleiteando a anulação do acórdão proferido quando do julgamento dos embargos, ao invés de insistir na tese da violação aos*

dispositivos legais cujas matérias não foram apreciadas e solucionadas”.

A respeito dos Embargos de Declaração, o Colendo Supremo Tribunal Federal proclamou o seguinte ensinamento, *verbis*:

“Os Embargos Declaratórios não se consubstanciam crítica ao ofício julgante, mas lhe servem ao aprimoramento. Ao apreciá-los, o órgão deve fazê-lo com espírito de compreensão, atentando para o fato de consubstanciarem verdadeira contribuição da parte em prol do devido processo legal”. (STF-2ª Turma, AI 163.047- /PR, AgRg-Edcl., rel. Min. Marco Aurélio, j. 18/12/95, receberam os embargos, v.u., DJU 8.3.96, p. 6.223).

Vale ressaltar, ainda:

“Não supre o prequestionamento o fato de os temas suscitados no especial terem sido objeto dos Embargos de Declaração” (STJ-RT 784/214), “sendo necessário que o tribunal inferior emita juízo acerca da questão federal suscitada no recurso excepcional. Se, apesar de provocado via embargos de declaração, o tribunal a quo se nega a emitir pronunciamento acerca dos pontos tidos como omissos, contraditórios ou obscuros, deve o recorrente especial alegar contrariedade ao art. 535, do CPC ¹, pleiteando a anulação do acórdão proferido quando do julgamento dos embargos, ao invés de insistir na tese da violação aos dispositivos legais cujas matérias não foram apreciadas e solucionadas” (RSTJ 92/121).

¹ Ou contrariedade ao art. 619, do CPP, se se tratar de questão processual penal.

Portanto, o v. acórdão dos embargos de declaração contrariou o disposto no art. 619 do Código de Processo Penal, devendo, por conseguinte, ser anulado, para que outro seja proferido, complementando a omissão apontada.

3 - CONTRARIEDADE À LEI FEDERAL - ARTIGOS 59, 157, § 2º, II e V, e 68, parágrafo único, DO CÓDIGO PENAL. TESE II

Estabelece o Código Penal:

Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

[...]

§ 2º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade: (Redação dada pela Lei nº 13.654, de 2018)

I - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.654, de 2018)

II - se há o concurso de duas ou mais pessoas;

III - se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância.

IV - se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior; (Incluído pela Lei nº 9.426, de 1996)

V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade. (Incluído pela Lei nº 9.426, de 1996)

[...]

§ 2º-A A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços): (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)

I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo;

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Os dispositivos em questão, que deitam raiz no princípio constitucional da individualização da pena (artigo 5º, XLVI, CF), estabelecem o dever de o Estado-juiz ajustar, quantitativa e qualitativamente, a pena ao fato e ao autor, por meio da concreta aplicação, ao caso em julgamento, de circunstâncias previstas, de forma mais ou menos indeterminada, em lei.

Trata-se de regra de efetivação de cânone medular da ciência penal – o da **proporcionalidade da pena** -, segundo o qual a existência de equilíbrio entre os delitos e a penas, de acordo com a gravidade e a paixão determinante, constitui-se em mecanismo essencial para preservação da ordem jurídica, posto que sua negação retiraria a eficácia dissuasória do castigo.

Sobre o tema, é oportuno revisitar as palavras de CESARE BECCARIA:

"O interesse geral não se funda apenas em que sejam praticados poucos crimes, porém ainda que os crimes mais prejudiciais à sociedade sejam os menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para obstar crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais frequente. Deve, portanto, haver proporção entre os crimes e os castigos.

Se o prazer e o sofrimento são os dois grandes motores dos seres sensíveis; se, entre as razões que guiam os homens em todas as suas atitudes, o supremo Legislador pos como os mais poderosos as recompensas e os castigos; se dois crimes que afetam de modo desigual a sociedade recebem idêntico castigo, o homem votado ao crime mais hediondo, resolver-se-á com mais facilidade pelo crime que lhe traga mais vantagens; e a distribuição desigual das penalidades fará nascer a contradição, tão evidente quanto frequente, de que as leis terão de castigar os delitos que fizeram nascer" (Dos Delitos e Das Penas, tradução: Torrieri Guimarães, 11ª edição, Ed. Hemus, São Paulo, 1995, pág. 61).

O princípio da proporcionalidade da pena, que se torna efetivo apenas quando há correta aplicação do disposto no artigo 59 do Código Penal, compõe-se de dois elementos: a proibição de excesso e a **proibição de proteção insuficiente**, consubstanciando-se esse segundo componente na vedação de omissão, por parte do Estado, na salvaguarda de direitos fundamentais (vida, integridade física, patrimônio etc).

Não é outra a docência de J.J. GOMES CANOTILHO:

“O sentido mais geral da proibição de excesso é, como se acaba de ver, este: evitar cargas coactivas excessivas ou actos de ingerência desmedidos na esfera jurídica dos particulares. Há, porém, um outro lado da proteção que, em vez de salientar o *excesso*, releva a *proibição por defeito (Untermassverbot)*. Existe um defeito de proteção quando as entidades sobre quem recai um *dever de proteção (Schutzpflicht)* adoptam medidas insuficientes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. Podemos formular esta ideia usando uma formulação positiva: o estado deve adotar medidas suficientes, de natureza normativa ou de natureza material, conducente a uma *proteção adequada e eficaz dos direitos fundamentais*.” (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra, 2003, 7ª ed., Almedina, pág. 273).

Sobre a manifestação, em matéria penal, do princípio da proporcionalidade por meio da vedação da proteção deficiente, veja-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

“HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A) TÍPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. **1.1. Mandados constitucionais de criminalização: A Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas é possível identificar um mandado de criminalização expresse, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não**

apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandados constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.

1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierteninhaltlichenKontrolle). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.

2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais

adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional. 3. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA. Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa. 4. ORDEM DENEGADA." (HC 102087, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012, DJe-159 DIVULG 13-08-2012 PUBLIC 14-08-2012 REPUBLICAÇÃO: DJe-163 DIVULG 20-08-2013 PUBLIC 21-08-2013 EMENT VOL-02699-01 PP-00001)

É válido concluir que o Estado-juiz tem o poder-dever de considerar, negativa ou positivamente, todas as particularidades que envolvem, no caso concreto, a lesão a determinado bem jurídico penalmente tutelado, **sem que possa desprezar circunstâncias que revelam maior lesividade do comportamento**, salvo se inerentes ao próprio tipo penal.

Daí porque o aumento a ser praticado pelo magistrado, por ocasião da análise do artigo 59 do Código Penal, deve ser proporcional ao **número de circunstâncias judiciais desfavoráveis** e à **intensidade com que de cada uma delas é valorada**.

A esse respeito, confira-se a orientação do Supremo Tribunal Federal:

"Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. PENA-

BASE. EXASPERAÇÃO. DIMENSIONAMENTO. EXCESSO NÃO VERIFICADO. DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL FUNDAMENTADA. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. INEXISTÊNCIA DE ARBITRARIEDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. Autoriza o incremento da pena a constatação de circunstância judicial exterior aos elementos típicos do crime que indique maior censura da conduta. **2. Cada circunstância insimilar do delito, se negativa, demanda incremento próprio, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, em cumprimento ao comando constitucional que impõe a individualização da pena.** 3. A mera divergência ordinária dos critérios de fixação da pena não é sanável por meio de habeas corpus, estreita via reservada à correção, segundo juízo de legalidade, de arbitrariedades cometidas pelas instâncias ordinárias. 4. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido." (RHC 127533, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 08/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 16-11-2015 PUBLIC 17-11-2015).

No caso em exame, o recorrido foi condenado porque, em concurso com 07 (sete) pessoas, com restrição da liberdade e emprego de arma de fogo, praticou roubo em rodovia movimentada, utilizando-se de vários veículos e subtraindo carga de eletrônicos avaliada em R\$ 165.000,00.

A r. sentença condenatória de primeiro grau majorou a pena-base com o fundamento na gravidade concreta do delito aduzindo que "a ação contou com a participação de sete ou oito agentes. A ação se revelou ousada, em via pública relativamente movimentada. Some-se a isso que a vítima foi privada de sua liberdade, o que provavelmente lhe causou sofrimento. Portanto, diante de tais circunstâncias, a pena dos crimes de roubo deve ser fixada ao réu acima do mínimo legal, ou seja, 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa" (fls. 172). **Logo, cumpriu à risca as disposições do artigo 59 do Código Penal.**

Na terceira fase da dosimetria, o Juízo *a quo* aumentou a pena em 1/5 por conta do concurso de pessoas e da restrição da liberdade da vítima. Depois, aumentou em 2/3 por conta do emprego de arma de fogo (fls. 172).

O v. acórdão, de igual modo, manteve a majoração da pena base, em razão da gravidade e ousadia da ação com o fundamento de que "a ousadia da ação, a demonstrar a maior intensidade do dolo, eis que praticados os roubos em rodovia de grande circulação de veículos e que contou com a interceptação do utilitário conduzido pela vítima por três veículos, colocando em risco a vida da vítima Alessandro condutor do Fiorino e dos demais usuários da Rodovia Anhanguera" (fls. 277). **De igual forma, cumpriu os ditames do artigo 59 do Código Penal.**

Todavia, o Tribunal de Justiça de São Paulo deslocou as causas de aumento do concurso de pessoas e da restrição da liberdade da vítima para a primeira fase da dosimetria, valorando-as como circunstâncias judiciais desfavoráveis em conjunto com a ousadia na prática do roubo, elevando a pena em 1/4.

É certo que não há impedimento de, em havendo várias qualificadoras ou várias causas de aumento de pena, uma delas ser utilizada na primeira fase da dosimetria como circunstância judicial desfavorável, nos termos do artigo 59 do Código Penal, e, as demais, para qualificar o delito ou majorar a pena na terceira fase.

Entretanto, isso é cabível nos roubos que não desbordam a normalidade, o que não é o caso dos autos. É absolutamente desproporcional tratar igualmente um roubo praticado em concurso de pessoas e com ameaça mediante o emprego de arma, na subtração de um aparelho celular, do roubo apurado nestes autos. Naquele, o deslocamento da causa de aumento do concurso de

peças para a primeira fase é proporcional à gravidade e consequências do delito; neste, isso não é suficiente, devendo as causas de aumento serem aplicadas na terceira fase, cumulativamente.

Nos fatos aqui apurados, em havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis, consistentes no *modus operandi*, já utilizadas para agravar a pena base, as causas de aumento de pena do concurso de pessoas e da restrição da liberdade da vítima podem (e devem) ser utilizadas na terceira fase da dosimetria, como se fez em primeiro grau de jurisdição. Entretanto, como alertado pelo Ministério Público no recurso de apelação, o aumento não pode ser de apenas 1/5, pois a fração mínima cominada é de 1/3.

Pois bem, delimitada a questão e utilizando-se as causas de aumento de pena dos incisos II e V do § 2º, do artigo 157, do CP, na terceira fase, podem elas ser cumuladas com o aumento da pena pelo emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º-A, I, CP).

Isso porque o artigo 68, parágrafo único, do Código Penal dá ao juiz a **faculdade** de adotar a causa que mais aumente ou mais diminua, mas não impede que todas sejam aplicadas cumulativamente, se as circunstâncias judiciais assim justificarem.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. ART. 157, § 2º, INCISOS II E V, E § 2º-A, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. APLICAÇÃO CUMULATIVA DAS CAUSAS DE AUMENTO. ACRÉSCIMO DA REPRIMENDA EM 3/8 (TRÊS OITAVOS) E 2/3 (DOIS TERÇOS). FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. POSSIBILIDADE. SÚMULA N. 443/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. WRIT DO QUAL NÃO SE CONHECEU. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. **1. Esta Corte de Justiça perfilha o entendimento de que a aplicação das causas de aumento previstas no art. 157, § 2º, e § 2º-A, do Código Penal, no caso de 3/8 (três oitavos) para o**

concurso de pessoas e restrição da liberdade das vítimas, e de 2/3 (dois terços) para o emprego de arma de fogo, atende aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, podendo ser aplicadas cumulativamente quando devidamente fundamentadas, com menção às particularidades do caso concreto, a fim de demonstrar a especial gravidade do delito. 2. No caso dos autos, o Tribunal a quo fundamentou concretamente o maior grau de reprovabilidade da ação criminosa, praticada por três agentes, com o emprego de três armas de fogo, com a restrição da liberdade de três vítimas tanto durante a execução quanto no momento da fuga, a fim de possibilitar a aplicação cumulativa das causas de aumento do crime de roubo, e afastar, ainda, a incidência do verbete sumular 443/STJ. 3. Mantém-se a decisão singular que não conheceu do habeas corpus, por se afigurar manifestamente incabível, e não concedeu a ordem de ofício, em razão da ausência de constrangimento ilegal a ser sanado. 4. Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 583158 / SC, Relator Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, Julgamento 04/08/2020,DJe 25/08/2020)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES E PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. DOSIMETRIA. CÚMULO DE CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. PLEITO DE APLICAÇÃO APENAS DA MAJORANTE DE MAIOR VALOR. IMPROCEDÊNCIA. INTERPRETAÇÃO CORRETA DO ART. 68, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS DUAS CAUSAS DE AUMENTO, MEDIANTE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Conforme registrado na decisão ora impugnada, que nesta oportunidade se confirma, é indevida a impetração de habeas corpus como sucedâneo recursal, tendo em vista o cabimento de meio de impugnação com regência legal específica. Também não se verifica ilegalidade flagrante a impor a cognição de ofício. 2. **Precisamente conforme decidido pela instância de origem, a jurisprudência desta Corte considera legítima a aplicação cumulada das majorantes relativas ao concurso de pessoas e ao emprego de arma de fogo, no crime de roubo, quando as circunstâncias do caso concreto demandarem uma sanção mais rigorosa, especialmente diante do modus operandi do delito. 3. No presente caso, como evidenciado pelo Tribunal a quo, o crime envolveu o concurso de três agentes, os quais empregaram violência real contra a vítima, além de ameaças de morte, tratando-se de elementos que**

desbordam da conduta descrita no tipo, justificando-se o incremento da pena. 4. Com efeito, conferindo interpretação diversa da pretendida pela defesa ao art. 68, parágrafo único, do Código Penal, o STF registrou que esse dispositivo "estabelece, sob o ângulo literal, apenas uma possibilidade (e não um dever) de o magistrado, na hipótese de concurso de causas de aumento de pena previstas na parte especial, limitar-se a um só aumento, sendo certo que é válida a incidência concomitante das majorantes, sobretudo nas hipóteses em que sua previsão é desde já arbitrada em patamar fixo pelo legislador, como ocorre com o art. 226, I e II, do CP, que não comporta margem para a extensão judicial do quantum exasperado" (HC n. 110.960, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 19/8/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 23/9/2014 PUBLIC 24/9/2014). 5. Agravo regimental não provido (AgRg no HC 520094 / SP Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, Julgamento 03/03/2020, DJe 09/03/2020)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONCURSO DE AGENTES E USO DE ARMA DE FOGO. APLICAÇÃO CUMULATIVA DAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. CUMULAÇÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. POSSIBILIDADE. ART. 68 DO CÓDIGO PENAL ? CP. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. **1. "A norma penal apontada permite a aplicação cumulativa de causas de aumento de pena previstas na parte especial, desde que o magistrado sentenciante fundamente a necessidade do emprego cumulativo à reprimenda. Precedentes" (AgRg no HC 594.175/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 14/9/2020).** 2. Na hipótese, verifica-se que o Tribunal de origem fundamentou de forma concreta o emprego cumulativo das majorantes previstas no § 2º, inciso II, e no § 2º-A, inciso I, ambos do art. 157 do Código Penal. 3. Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 558800 / SP Relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, j. 02/03/2021, DJe 08/03/2021).

Repita-se, no caso em exame, o roubo foi praticado por um grande número de agentes, com a utilização de três veículos utilizados para interceptar caminhão de carga em rodovia de grande movimento, com o emprego de arma de fogo e restrição da liberdade da vítima, com subtração de eletrônicos avaliados em R\$ 165.000,00.

Trata-se, portanto, de hipótese que autoriza a conclusão segura de que a culpabilidade, as circunstâncias e as consequências do crime tornam a conduta muito mais grave que a modalidade básica do crime de roubo circunstanciado.

Em síntese, o incremento reconhecido e aplicado em primeira instância em razão da gravidade concreta, além de consentâneo com as regras de direito material (artigo 59 do Código Penal), está em perfeita sintonia e conformidade com os critérios da razoabilidade e proporcionalidade (vedação da proteção deficiente).

Por conta disso, as causas de aumento de pena devem ser aplicadas somente na terceira fase, de forma cumulada (primeiro as dos incisos II e V do § 2º, do artigo 157, CP e, sobre o resultado, a do § 2º-A, I, do mesmo preceito legal).

Destarte, ao desconsiderar as causas de aumento do concurso de pessoas e da restrição da liberdade na terceira fase da dosimetria, o v. acórdão contrariou o disposto no artigo 157, § 2º, II e V, e no artigo 68, parágrafo único, do Código Penal.

4 - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL (ARTIGO 68, parágrafo único, DO CÓDIGO PENAL).

Em relação à possibilidade de aplicação cumulativa das causas de aumento do § 2º e § 2º-A, I, ambas do artigo 157, do Código Penal, assim tem se pronunciado o Colendo **Superior Tribunal de Justiça**:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. **DELITO DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONCURSO DE PESSOAS. RESTRIÇÃO À LIBERDADE . EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APLICAÇÃO CUMULATIVA DAS CAUSAS DE AUMENTO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. No crime de roubo circunstanciado, a aplicação cumulativa das causas de aumento de pena relativas ao concurso de pessoas, à restrição à liberdade e ao emprego de arma de fogo é possível quando fundamentada a**

necessidade do emprego cumulativo da reprimenda, atendendo-se os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade. 2. Mantém-se integralmente a decisão agravada cujos fundamentos estão em conformidade com o entendimento do STJ. 3. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1876138 / PR Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, Julgamento 02/03/2021, DJe 05/03/2021).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES. ART. 157, § 2º, II, E § 2º-A, I, DO CP. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. PRESENÇA DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO. POSSIBILIDADE. ART. 68, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. INDICAÇÃO DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MAIOR DESAPROVAÇÃO DA CONDUTA. PRECEDENTES. ***1. A teor do art. 68, parágrafo único, do Código Penal, é possível, de forma concretamente fundamentada, aplicar cumulativamente as causas de aumento de pena previstas na parte especial, não estando obrigado o julgador somente a fazer incidir a causa que aumente mais a pena, excluindo as demais. Precedentes.*** 2. Na hipótese ora analisada, as instâncias ordinárias fundamentaram, concretamente, o cúmulo das causas de aumento, com remissão a peculiaridades do caso em comento, com detalhamento acerca do modus operandi do delito, razão pela qual não se confunde, tal como narrado, com a mera descrição típica das majorantes reconhecidas, refletindo, na verdade, a especial gravidade que certamente desborda da conduta descrita no tipo e justifica o incremento da pena, mostrando-se correta a incidência separada e cumulativa das duas causas de aumento. 3. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 1632669 / SE Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, Julgamento 01/09/2020, DJe 09/09/2020).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. MAJORAÇÃO PELO USO DE ARMA BRANCA. TERCEIRA FASE. APLICAÇÃO CUMULATIVA DAS CAUSAS DE AUMENTO. POSSIBILIDADE. SUPERIORIDADE NÚMERICA. GRAVE AMEAÇA. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. OUSADIA. PERICULOSIDADE. MAIOR REPROVABILIDADE NA CONDUTA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. ***1. A exasperação da pena-base deu-se pela valoração negativa referente à circunstância de ter o adolescente, que estava agindo com os outros agentes, ter sido instruído pelo ora agravante a pegar a faca e ameaçar cortar os dedos da vítima, estando devidamente justificado o aumento da pena base.*** ***2. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de ser possível a***

aplicação das majorantes de forma cumulada na terceira etapa do cálculo da reprimenda. O art. 68, parágrafo único, do Código Penal não obriga que o magistrado aplique apenas uma causa de aumento quando estiver diante de concurso de majorantes" (AgRg no HC 615.932/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 27/10/2020). 3. Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 585520 / SC Relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA Julgamento 23/02/2021, DJe 01/03/2021).

4.1.ACÓRDÃO-PARADIGMA

No julgamento do **AgRg no REsp 1.886.978 / PR** Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, Julgamento 27/10/2020, DJe 12/11/2020 o Egrégio Superior Tribunal de Justiça assim decidiu:

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1886978 - PR (2020/0191357-0)
RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : MARCIO DIEGO DOS SANTOS
AGRAVANTE : PAULO HENRIQUE GARCIA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. CONCURSO DE PESSOAS E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS DUAS CAUSAS DE AUMENTO. INDICAÇÃO DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. ART. 68, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. I - É pacífico no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de que "A teor do art. 68, parágrafo único, do Código Penal, é possível, de forma concretamente fundamentada, aplicar cumulativamente as causas de aumento de pena previstas na parte especial, não estando obrigado o julgador somente a fazer incidir a causa que aumente mais a pena, excluindo as demais. Precedentes." (AgRg no AREsp n. 1.632.669/SE, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 09/09/2020). Precedentes. II - In casu, forçoso reconhecer que as causas de aumento foram aplicadas com a devida fundamentação pelo juízo sentenciante, com remissão às peculiaridades do caso em comento, quais sejam, número de agentes e a forma de violência empregada no crime, pois o modus operandi do delito, como narrado, não se confunde com a mera descrição típica das majorantes reconhecidas, refletindo especial gravidade. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 27 de outubro de 2020.

Ministro Felix Fischer

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por MARCIO DIEGO DOS SANTOS e PAULO HENRIQUE GARCIA contra a decisão monocrática de fls. 663- 670, assim ementada:

"PENAL. RECURSO ESPECIAL MINISTERIAL. ROUBO MAJORADO. CONCURSO DE PESSOAS E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS DUAS CAUSAS DE AUMENTO. INDICAÇÃO DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. ART. 68, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL.PRECEDENTES. SÚMULA N. 568/STJ. INCIDÊNCIA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO."

Alegam os agravantes, em síntese, que o Parquet induziu este Juízo a erro quanto à afirmação de que o Tribunal de origem teria dito ser um "dever" a aplicação de apenas uma causa de aumento no concurso de majorantes e minorantes, isso porque "a Corte de Justiça Estadual asseverou a análise da pena sobre um critério de adequação e proporcionalidade, pautando-se acerca da legalidade condutora do processo penal deflagrado em desfavor dos agravantes" (fl. 685).

Aduzem que "restou evidente a legalidade da decisão proferida no acórdão do TJPR que entendeu pela incidência de uma única causa de aumento (e-STJ fls. 505- 518), uma vez que a sentença usou como fundamentação para a incidência de ambas as majorantes, a pura afirmação de que os agravantes se associaram para realizarem o feito (e-STJ fl. 316) e de terem usado arma de fogo para infligirem maior temor à vítima" (fl. 686).

Argumentaram, ainda, que "O Tribunal de Justiça Paranaense, ao readequar a dosimetria da pena dos agravantes no julgamento da apelação (e-STJ fls. 505-518), alinhou-se à pacífica jurisprudência dessa Corte Cidadã, perante a qual se consolidou a ilegalidade da decisão que aplica cumulativamente as causas de aumento incidentes sem apresentar fundamentação concreta apta para tanto, de modo a apenas amoldar-se à descrição típica das majorantes reconhecidas" (fl. 688).

Requerem, ao final, a reconsideração do decisum ou a submissão do pleito ao Colegiado, para negar provimento à irresignação ministerial e restabelecer a decisão proferida no Tribunal de origem.

É o relatório.

VOTO

Em que pesem os argumentos dos agravantes, o recurso não merece prosperar, devendo ser mantido o decisum ora agravado.

Conforme se verificou dos autos, o juízo de primeiro grau condenou os ora agravantes, Marcio Diego dos Santos e Paulo Henrique Garcia, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, inciso II, e §2º -A, inciso I, do Código Penal, à pena de 11 (onze) anos, 05 (cinco) meses e 05 (cinco) dias de reclusão, em regime fechado, bem como o pagamento de 46 (quarenta e seis) dias-multa, a cada um deles (fls. 308-323).

Em segunda instância, o eg. Tribunal a quo deu parcial provimento ao apelo da defesa para "mantidas as penas basilares e provisórias fixadas na sentença a cada um dos apelantes (porquanto escorreitas), na terceira etapa das cominações deve ser aplicada aos recorrentes tão somente a causa especial de aumento do §2º-A, I, do art. 157, do CP (a que mais aumenta) na

fração de 2/3 (dois terços), resultando, enfim, nas seguintes sanções definitivas: ao réu MARCIO DIEGO DOS SANTOS fica redimensionada a reprimenda em 08 (oito) anos, 06 (seis) meses e 26 (vinte e seis) dias de reclusão, em regime FECHADO, mais 35 (trinta e cinco) dias-multa, ao valor unitário mínimo legal; e ao réu PAULO HENRIQUE GARCIA fica estabelecida a pena de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, alterando o regime prisional inicial ao molde SEMIABERTO (cf. art. 33, § 2º e 3º do CP), mais 16 (dezesesseis) dias-multa, ao valor unitário mínimo legal." (fls. 505-518).

Interposto recurso especial pela acusação, o Parquet sustentou violação dos artigos 68 e 157, § 2º, inciso II, e § 2º -A, inciso I, do Código Penal, c/c o art. 381, inciso III, do CPP, porquanto "o Egrégio Tribunal de Justiça do Paraná, concluiu, equivocadamente, pela impossibilidade de aplicação cumulativa das causas de aumento do art. 157, §2º, inciso II, e §2º - A, do CP, sob o argumento de que o art. 68, parágrafo único, CP, imporia certo dever ao magistrado de escolher uma só das majorantes"; bem como que "os acórdãos apontaram desproporcional a pena resultante em primeiro grau e não disseram o motivo...violaram, então, o dever de fundamentação preconizado pelo art. 381, III, CPP" (fl. 596).

No decisum monocrático vergastado (fls. 663-670), ressaltei que o v. acórdão reprochado assim tratou a matéria, verbis (fls. 515-516, grifei):

"Assim, apesar da cabal comprovação na espécie das causas de aumento relativas ao concurso de agentes e ao emprego de arma de fogo (consoante já dito acima) e sua aplicação na sentença em frações sobrepostas, tenho para mim, que, de acordo com o entendimento da doutrina mais abalizada, deve incidir aos recorrentes apenas uma destas causas especiais de aumento: a que mais aumenta—no caso, a majorante do §2º-A, I, do art. 157 do CP ref. ao emprego de arma de fogo –, nos termos do art. 68, parágrafo único, do CP, evitando-se, assim, excesso punitivo e a fixação de uma pena que implica em violação ao princípio da proporcionalidade (vide MARTINELLI, João Paulo Orsini; DO BEM, Leonardo Schmitt. Lições Fundamentais de Direito Penal –Parte Geral. Editora Saraiva, 2018 e QUEIROZ, Paulo. Direito Penal –Parte Geral. Editora Jus podivm. 13ª edição, 2018, p. 469-470). Registre-se que a outra causa de aumento, a saber, o concurso de agentes, não obstante tenha sido considerada na terceira etapa das dosimetrias, deveria ter sido realmente apreciada na primeira etapa, tal como ora pugna a defesa. Contudo, essa medida, conquanto tenha sido requerida pelos apelantes, por não ter sido realizada pelo julgador singular e diante da ausência de recurso ministerial nesse sentido, verdadeiramente não pode efetivada pelo Tribunal, sob pena de violação ao princípio ne reformatio in pejus. Tecidas essas considerações, então, no caso em comento, mantidas as penas basilares e provisórias fixadas na sentença a cada um dos apelantes (porquanto corretas), na terceira etapa das cominações deve ser aplicada aos recorrentes tão somente a causa especial de aumento do §2º-A, I, do art. 157, do CP (a que mais aumenta) na fração de 2/3 (dois terços), resultando, enfim, nas seguintes sanções definitivas: ao réu MARCIO DIEGO DOS SANTOS fica redimensionada a reprimenda em 08 (oito) anos, 06 (seis) meses e 26 (vinte e seis) dias de reclusão, em regime FECHADO, mais 35 (trinta e cinco) dias-multa, ao valor unitário mínimo legal; e ao réu PAULO HENRIQUE GARCIA fica estabelecida a pena de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, alterando o regime prisional inicial ao molde SEMIABERTO (cf. art. 33, § 2º e 3º do CP), mais 16 (dezesesseis) dias-multa, ao valor unitário mínimo legal.

Também mencionei, na ocasião, que o juízo de primeiro grau, ao prolatar a sentença condenatória, sobre o ponto, assim se manifestou (fls. 319-320, grifei):

"Presente o aumento de pena prevista no artigo 157, §2º, II, do Código Penal, portanto, a reprimenda deve ser elevada acima do mínimo, pois as circunstâncias peculiares do presente caso justificam tal ato. Verifica-se que o fato de o acusado Paulo Henrique Garcia ter se aliado ao réu Marcio Diego dos Santos para a prática do crime, foi imprescindível para que fosse alcançado seu intento criminoso, eis que abordaram as vítimas de forma conjunta, aumentando o temor e reduzindo as chances de resistência por parte destas. Assim, elevo a pena em 1/3, remanescendo em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa. Nesse

sentido: (...) Presente ainda, o aumento de pena previsto no art. 157, §2º-A, 1, do Código Penal. Verifica-se, que, conforme noticiado pela vítima, os réus deram voz de assalto com uso de arma de fogo, tendo pressionado o objeto em sua barriga, o que deve ensejar o aumento da pena do acusado em razão de ter gerado um maior temor às vítimas, mormente diante do alto potencial lesivo do objeto em razão. Deste modo, elevo a pena em 2/3, remanescendo em 8 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias e 21 (vinte e um) dias-multa."

Dos excertos acima colacionados, conforme consignado no decisum reprochado, verifica-se que o acórdão recorrido, de fato, encontra-se em desconformidade com o entendimento desta Corte Superior, pois o art. 68, parágrafo único, do Código Penal, não exige que o juiz aplique uma única causa de aumento referente à parte especial do Código Penal, quando estiver diante de concurso de majorantes, mas que sempre justifique quando da escolha da cumulação das causas de aumento (AgRg no HC 588.973/SC, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe 23/09/2020).

Assim, qualquer que seja a solução, ela deve ser fundamentada, não pode ser automática. Isto, porque o Código Penal diz, tanto no parágrafo único do art. 68, quanto no § 2º, do art. 157, que "pode o juiz" e que "aumenta-se de 1/3 até metade", indicando claramente, que a opção do magistrado há que ser fundamentada, sob pena de se transmutar a discricionariedade permitida com um inaceitável arbítrio próprio do princípio da convicção íntima.

Ademais, repise-se, é pacífico o entendimento no âmbito deste Superior Tribunal no sentido de que "A teor do art. 68, parágrafo único, do Código Penal, é possível, de forma concretamente fundamentada, aplicar cumulativamente as causas de aumento de pena previstas na parte especial, não estando obrigado o julgador somente a fazer incidir a causa que aumente mais a pena, excluindo as demais. Precedentes." (AgRg no AREsp 1.632.669/SE, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 09/09/2020).

Nesse sentido, e em reforço:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES E PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. DOSIMETRIA. CÚMULO DE CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. APLICAÇÃO DAS DUAS CAUSAS DE AUMENTO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 68 DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO. I - A parte que se considerar agravada por decisão de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de habeas corpus e recurso ordinário em habeas corpus, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a. II - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena, quando não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e houver flagrante ilegalidade. III - A jurisprudência da Suprema Corte é no sentido de que o art. 68, parágrafo único, do Código Penal, não exige que o juiz aplique uma única causa de aumento referente à parte especial do Código Penal, quando estiver diante de concurso de majorantes, mas que sempre justifique quando da escolha da cumulação das causas de aumento. Portanto, qualquer que seja a solução, ela deve ser fundamentada. Não pode ser automática. Isso porque o Código Penal diz, tanto no parágrafo único do art. 68, como no § 2º do art. 157, "pode o juiz" e "aumenta-se de 1/3 até metade, indicando claramente, que a opção do magistrado há que ser fundamentada, sob pena de se transmutar a discricionariedade permitida com um inaceitável arbítrio próprio do princípio da convicção íntima. IV - In casu, forçoso reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, eis que o cúmulo de causas de aumento foi aplicado sem que houvesse a devida fundamentação, sem remissão às peculiaridades do caso em comento, quais sejam, número de agentes, ou a forma de violência empregada no crime, pois o modus operandi do delito, como narrado, confunde-se com a mera descrição típica das majorantes reconhecidas, não refletindo especial gravidade. Agravo regimental desprovido" (AgRg no HC n. 588.973/SC, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 23/09/2020 - grifei).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES. ART. 157, § 2º, II, E § 2º-A, I, DO CP. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. PRESENÇA DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO. POSSIBILIDADE. ART. 68, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. INDICAÇÃO DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MAIOR DESAPROVAÇÃO DA CONDUTA. PRECEDENTES. 1. A teor do art. 68, parágrafo único, do Código Penal, é possível, de forma concretamente fundamentada, aplicar cumulativamente as causas de aumento de pena previstas na parte especial, não estando obrigado o julgador somente a fazer incidir a causa que aumente mais a pena, excluindo as demais. Precedentes. 2. Na hipótese ora analisada, as instâncias ordinárias fundamentaram, concretamente, o cúmulo das causas de aumento, com remissão a peculiaridades do caso em comento, com detalhamento acerca do modus operandi do delito, razão pela qual não se confunde, tal como narrado, com a mera descrição típica das majorantes reconhecidas, refletindo, na verdade, a especial gravidade que certamente desborda da conduta descrita no tipo e justifica o incremento da pena, mostrando-se correta a incidência separada e cumulativa das duas causas de aumento. 3. Agravo regimental improvido" (AgRg no AREsp n. 1.632.669/SE, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 09/09/2020).

No presente caso, forçoso reconhecer que as causas de aumento foram aplicadas com a devida fundamentação pelo juízo sentenciante, com remissão às peculiaridades do caso em comento, quais sejam, número de agentes e a forma de violência empregada no crime, pois o modus operandi do delito, como narrado, não se confunde com a mera descrição típica das majorantes reconhecidas, refletindo especial gravidade.

Assim, considerando que o decisum monocrático recorrido (fls. 663-670) está em conformidade com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça acerca do tema, deve ser mantida, in casu, a incidência da Súmula n. 568/STJ, que assim dispõe, verbis: " O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema".

Conclui-se, portanto, que os agravantes não trouxeram fundamentos capazes de infirmar a decisão agravada.

Feitas essas considerações, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

Como se vê, exsurge a divergência jurisprudencial pela prolação do v. acórdão da Corte Paulista.

4.2. CONFRONTO ANALÍTICO

É perfeita a identidade entre a situação dos autos e aquela apreciada no v. aresto indicado como **paradigma** do dissídio. Nos dois julgados, fixou-se entendimento acerca da possibilidade de cumulação de causas de aumento de pena no crime de roubo, na terceira fase da dosimetria. Opostas, no entanto, foram as conclusões a que chegaram o v. acórdão recorrido e a r. decisão confrontada.

Para o acórdão recorrido:

Mantenho, no entanto, a ousadia da ação, a demonstrar a maior intensidade do dolo, eis que praticados os roubos em rodovia de grande circulação de veículos e que contou com a interceptação do utilitário conduzido pela vítima por três veículos, colocando em risco a vida da vítima Alessandro condutor do Fiorino e dos demais usuários da Rodovia Anhanguera.

Ainda nessa etapa, conforme a jurisprudência dos Tribunais Superiores, não há óbice em considerar duas causas de aumento como circunstâncias judiciais desfavoráveis, tal como feito pela juíza de primeiro grau. Contudo, é evidente que essas circunstâncias não serão levadas em consideração na terceira fase como ocorreu, sob pena de bis in idem.

[...]

Na última fase, acresço a pena na fração única de 2/3 (dois terços) concernente à majorante do emprego de arma de fogo, prevista no artigo 157, §2º-A, inciso I, do Código Penal, atingindo em 09 (nove)anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além do pagamento de 23 (vinte e três) dias-multa.

Ressalto que as causas de aumento remanescentes, prevista no § 2.º incisos II e V, já foram consideradas na primeira etapa do cálculo, de forma que considerá-las novamente configuraria indesejável bis in idem.

Ao passo que, para o aresto paradigma:

Interposto recurso especial pela acusação, o Parquet sustentou violação dos artigos 68 e 157, § 2º, inciso II, e § 2º -A, inciso I, do Código Penal, c/c o art. 381, inciso III, do CPP, porquanto "o Egrégio Tribunal de Justiça do Paraná, concluiu, equivocadamente, pela impossibilidade de aplicação cumulativa das causas de aumento do art. 157, §2º, inciso II, e §2º - A, do CP, sob o argumento de que o art. 68, parágrafo único, CP, imporia certo dever ao magistrado de escolher uma só das majorantes"; bem como que "os acórdãos apontaram desproporcional a pena resultante em primeiro grau e não disseram o motivo...violaram, então, o dever de fundamentação preconizado pelo art. 381, III, CPP" (fl. 596).

[...]

Dos excertos acima colacionados, conforme consignado no decisum reprochado, verifica-se que o acórdão recorrido, de fato, encontra-se em desconformidade com o entendimento desta Corte Superior, pois o art. 68, parágrafo único, do Código Penal, não exige que o juiz aplique uma única causa de aumento referente à parte especial do Código Penal, quando estiver diante de concurso de majorantes, mas que sempre justifique quando da escolha da cumulação das causas de aumento (AgRg no HC 588.973/SC, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe 23/09/2020).

Assim, qualquer que seja a solução, ela deve ser fundamentada, não pode ser automática. Isto, porque o Código Penal diz, tanto no parágrafo único do art. 68, quanto no § 2º, do art. 157, que "pode o juiz" e que "aumenta-se de 1/3 até metade", indicando claramente, que a opção do magistrado há que ser fundamentada, sob pena de se transmutar a discricionariedade permitida com um inaceitável arbítrio próprio do princípio da convicção íntima.

Ademais, repise-se, é pacífico o entendimento no âmbito deste Superior Tribunal no sentido de que "A teor do art. 68, parágrafo único, do Código Penal, é possível, de forma concretamente fundamentada, aplicar cumulativamente as causas de aumento de pena previstas na parte especial, não estando obrigado o julgador somente a fazer incidir a causa que aumente mais a pena, excluindo as demais. Precedentes." (AgRg no AREsp 1.632.669/SE, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 09/09/2020).

[...]

No presente caso, forçoso reconhecer que as causas de aumento foram aplicadas com a devida fundamentação pelo juízo sentenciante, com remissão às peculiaridades do caso em comento, quais sejam, número de agentes e a forma de violência empregada no crime, pois o

modus operandi do delito, como narrado, não se confunde com a mera descrição típica das majorantes reconhecidas, refletindo especial gravidade".

Em síntese, enquanto para a r. decisão recorrida:

"Mantenho, no entanto, a ousadia da ação, a demonstrar a maior intensidade do dolo, eis que praticados os roubos em rodovia de grande circulação de veículos e que contou com a interceptação do utilitário conduzido pela vítima por três veículos, colocando em risco a vida da vítima Alessandro condutor do Fiorino e dos demais usuários da Rodovia Anhanguera.

Ainda nessa etapa, conforme a jurisprudência dos Tribunais Superiores, não há óbice em considerar duas causas de aumento como circunstâncias judiciais desfavoráveis, tal como feito pela juíza de primeiro grau. Contudo, é evidente que essas circunstâncias não serão levadas em consideração na terceira fase como ocorreu, sob pena de bis in idem.

[...]

Na última fase, acresço a pena na fração única de 2/3 (dois terços) concernente à majorante do emprego de arma de fogo, prevista no artigo 157, §2º-A, inciso I, do Código Penal, atingindo em 09 (nove)anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além do pagamento de 23 (vinte e três) dias-multa.

para o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"Dos excertos acima colacionados, conforme consignado no decisum reprochado, verifica-se que o acórdão recorrido, de fato, encontra-se em desconformidade com o entendimento desta Corte Superior, pois o art. 68, parágrafo único, do Código Penal, não exige que o juiz aplique uma única causa de aumento referente à parte especial do Código Penal, quando estiver diante de concurso de majorantes, mas que sempre justifique quando da escolha da cumulação das causas de aumento (AgRg no HC 588.973/SC, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe 23/09/2020).

Assim, qualquer que seja a solução, ela deve ser fundamentada, não pode ser automática. Isto, porque o

Código Penal diz, tanto no parágrafo único do art. 68, quanto no § 2º, do art. 157, que "pode o juiz" e que "aumenta-se de 1/3 até metade", indicando claramente, que a opção do magistrado há que ser fundamentada, sob pena de se transmutar a discricionariedade permitida com um inaceitável arbítrio próprio do princípio da convicção íntima.

Ademais, repise-se, é pacífico o entendimento no âmbito deste Superior Tribunal no sentido de que "A teor do art. 68, parágrafo único, do Código Penal, é possível, de forma concretamente fundamentada, aplicar cumulativamente as causas de aumento de pena previstas na parte especial, não estando obrigado o julgador somente a fazer incidir a causa que aumente mais a pena, excluindo as demais. Precedentes." (AgRg no AREsp 1.632.669/SE, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 09/09/2020, destaquei)".

Por seu acerto, deve prevalecer, também no caso em exame, a interpretação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, para o fim de restabelecer o aumento das penas-base em razão da qualificadora excedente.

5. DO PEDIDO DE REFORMA

Diante do exposto, patenteada a contrariedade a dispositivo de lei federal e a existência de dissídios interpretativos, aguarda o Ministério Público do Estado de São Paulo que seja **deferido o processamento** do presente **recurso especial**, a fim de que, subindo à elevada apreciação do Superior Tribunal de Justiça, conhecido, mereça **provimento** para, mantida a majoração da pena base em razão da gravidade concreta do delito (*modus operandi e consequências*), **cassar parcialmente** o acórdão hostilizado com o fim de:

a) restabelecer a aplicação das causas de aumento de pena do concurso de pessoas e da restrição da liberdade na terceira fase da dosimetria, com adequação da fração de aumento aos limites cominados, como pleiteou o Ministério Público no recurso de apelação;

b) restabelecer a aplicação cumulativa dos aumentos de pena pelo concurso de pessoas e restrição da liberdade (art. 157, § 2º, II e V, CP), com o do emprego de arma (§ 2º-A, I, do mesmo artigo), com o conseqüente recálculo da pena.

São Paulo, 25 de agosto de 2021.

Jairo José Gênova

Promotor de Justiça

(Designado em 2ª Instância-Portaria 795/2014, DOE 01.02.2014).