



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -

RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

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 537

ROUBO - EMPREGO DE ARMA DE FOGO - CONCURSO DE AGENTES - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS - GRAVIDADE EM CONCRETO QUE RECOMENDA O ESTABELECIMENTO DO REGIME INICIAL FECHADO.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -
RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

2 de 62

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

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, nos autos da Apelação Criminal nº 1500868.86.2019.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que figura como apelante/apelada SARA APARECIDA DE OLIVEIRA, vem perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, art. 255, § 2º, do RISTJ e art. 1.029 do Código de Processo Civil, interpor RECURSO ESPECIAL para o Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, pelos fundamentos a seguir expostos.

São Paulo, 26 de outubro de 2020.

LUIS FERNANDO DE MORAES MANZANO

Promotor de Justiça designado



Recurso Especial na Apelação Criminal nº 1500868-86.2019.8.26.0405

Recorrente: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Recorrida: SARA APARECIDA DE OLIVEIRA

1 – RESUMO DOS AUTOS.

SARA APARECIDA DE OLIVEIRA foi condenada pela MMa. Juíza de Direito da 3ª. Vara Criminal da Comarca de Osasco como incurso no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, às penas de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor mínimo legal (r. sentença a fls. 267/271).

Em suas razões, o Ministério Público do Estado de São Paulo pugnou pelo reconhecimento da majorante do emprego de arma de fogo e pela fixação do regime inicial fechado (fls. 274/284).

Em suas razões, a Defesa pugnou pela absolvição por insuficiência de provas, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, e subsidiariamente pela fixação de regime menos gravoso e a concessão da justiça gratuita (fls. 319/323).

A Defesa apresentou as contrarrazões a fls. 310, e o Ministério Público a fls. 327/332.

Por fim, a DD. Procuradoria de Justiça Criminal opinou



pelo provimento do recurso ministerial e o improvimento do recurso da Defesa (fls. 342/356).

A Colenda 12ª. Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, deu parcial provimento ao recurso do Ministério Público, para reconhecer a circunstância do emprego de arma de fogo, e fixar a pena de SARA APARECIDA DE OLIVEIRA em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, e regime inicial semiaberto, e pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, no valor unitário mínimo; e deu parcial provimento ao recurso interposto pela Defesa, para conceder os benefícios da justiça gratuita, mantendo os demais termos da r. sentença condenatória.

Eis o inteiro teor do v. acórdão ora recorrido (fls. 360-373):

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500868-86.2019.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante/apelada SARA APARECIDA DE OLIVEIRA, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Por votação unânime, deram parcial provimento ao recurso interposto pelo Representante do Ministério Público, para reconhecer a circunstância do emprego de arma de fogo, e fixar a pena da Apelante/apelada em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, fixados no mínimo legal; e deram parcial provimento ao recurso interposto por Sara Aparecida de Oliveira,**



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -
RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

5 de 62

para conceder os benefícios da justiça gratuita, mantendo-se, no mais, a r. Sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente), AMABLE LOPEZ SOTO E VICO MAÑAS.

São Paulo, 5 de outubro de 2020.

PAULO ROSSI

Relator

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1500868-86.2019.8.26.0405 –

Comarca de Osasco – 3ª Vara Criminal

Apelantes: Ministério Público Sara Aparecida de Oliveira

Apelados: Ministério Público Sara Aparecida de Oliveira

TJSP 12ª Câmara Criminal

VOTO Nº 37.651

APELAÇÃO CRIMINAL - Roubo circunstanciado. Recuso Ministerial Pleiteia a fixação da pena-base acima do mínimo legal INADMISSIBILIDADE Circunstâncias judiciais favoráveis. Reconhecimento da circunstância referente ao emprego de arma de fogo VIABILIDADE Redimensionamento da pena. Recurso da Defesa Absolvição IMPOSSIBILIDADE - Autoria e materialidade devidamente comprovados. Concessão da Justiça Gratuita ADMISSIBILIDADE. Recurso Ministerial e da Defesa parcialmente providos.

VISTOS.

1 Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Representante do Ministério



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -

RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

6 de 62

Público e por Sara Aparecida de Oliveira, contra a r. Sentença datada de 13 de maio de 2020, prolatada pela MMª. Juíza de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Osasco, que julgou procedente a denúncia e condenou Sara como incurso no artigo 157, parágrafo 2º, inciso II, do Código Penal, às penas de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor mínimo legal, em regime inicial semiaberto (fls.267/271).

Em suas razões, o Representante do Ministério Público pugna pelo reconhecimento da circunstância do emprego de arma de fogo e consequente redimensionamento da pena; aumento da pena-base, e fixação do regime inicial fechado (fls.274/284).

A r. Defesa da Apelante/apelada pugna pela absolvição diante da fragilidade probatória, conforme dispõe o artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, requer a fixação do regime inicial menos gravoso e a concessão da justiça gratuita (fls.319/323).

A r. Defesa apresentou as contrarrazões a fls.310/318, e o Ministério Público a fls.327/332.

Por fim, sobreveio o parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça, que opinou pelo provimento do recurso do Representante do Ministério Público e improvimento do recurso da Defesa (fls.342/356).

É o relatório.

2 Consta da denúncia que, no dia 21 de dezembro de 2018, por volta das 12h00, na Rua Doutor Antônio Flávio França, 216, Veloso, na Cidade e comarca de Osasco, a Apelante e EVERTON NETO MOREIRA DE MORAES, agindo em concurso e com unidade de desígnios entre si, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo contra a vítima Tamires Souza Alves, subtraíram, para proveito comum, uma bolsa contendo um aparelho de telefone celular, marca Samsung, modelo Galaxy J5, documentos pessoais, cartão



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -

RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

7 de 62

bancário, produtos cosméticos, uma chave e a quantia de R\$ 200,00 (duzentos reais) em dinheiro, de propriedade da ofendida, conforme boletim de ocorrência nº 2860/2018 (fls.03/05), e auto de entrega a fl.19.

Segundo o apurado, na data supramencionada, a vítima caminhava pela via pública, nas proximidades de sua residência, quando observou um veículo de cor branca, ocupado pela recorrente/recorrida e pelo corréu, sendo que EVERTON estava na condução e SARA no banco do passageiro, estacionado no local.

Ao passar pelo automóvel, a vítima foi abordada por EVERTON, o qual, exibindo uma arma de fogo, anunciou o assalto e exigiu a entrega da bolsa. Então, a ofendida dispensou a bolsa dentro do carro, tendo SARA se apoderado do bem. De imediato, a apelante/apelada abriu a bolsa, com o fim de verificar os objetos existentes em seu interior.

Ato contínuo, os roubadores evadiram-se do local a bordo do veículo, tomando rumo ignorado.

Após a subtração, a vítima compareceu à delegacia de polícia, onde efetuou o registro do boletim de ocorrência. Posteriormente, após informações recebidas por meio de outra vítima, policiais civis, no dia 02 de janeiro de 2019, lograram abordar EVERTON, o qual confessou a prática de diversos roubos junto com SARA.

Ademais, na residência de SARA, os milicianos encontraram dezenas de documentos roubados, incluindo duas cédulas de identidade de Tamires e o cartão bancário de seu namorado Gilson Rocha Ribeiro, bens que estavam no interior da bolsa subtraída, além de um revólver de calibre .38 e um simulacro de arma de fogo, sendo apurada a prática de diversos delitos de roubo pelos réus, conforme relatório de investigação a fls.27/28.

No distrito policial, a vítima reconheceu fotograficamente EVERTON e SARA, com absoluta certeza, como sendo os autores do roubo (fls.13/14 e fls.15/16),



bem como os documentos e o cartão bancário apreendidos (fl.18).

Interrogado em sede policial, EVERTON confessou a prática do roubo em pauta (fl.30).

Quanto à Apelante/apelada foi determinado seu indiciamento indireto (fl.38).

A denúncia foi oferecida em 30 de abril de 2019 (fls.65/68), e recebida em 13 de maio de 2019 (fls.74/75). A Apelante/apelada foi citada e apresentou resposta à acusação (fls.144/147).

A r. Sentença foi publicada aos 21 de maio de 2020 (fl.272).

A materialidade delitiva vem demonstrada pela portaria (fls.01/02); boletim de ocorrência (fls.05/07); auto de reconhecimento fotográfico (fl.13 e fl.15); auto de reconhecimento de objeto (fls.17/18); auto de entrega (fl.19), e pela prova produzida nos autos.

De igual modo, a autoria sobressai incontroversa nas provas amealhadas ao longo da instrução, sendo estas uníssonas em apontá-lo como o autor do delito descrito na denúncia.

A condenação era mesmo de rigor.

Interrogada em Juízo, a Apelante/apelada permaneceu em silêncio.

A vítima foi ouvida em Juízo (audiência realizada pelo sistema audiovisual), e afirmou que estava caminhando na rua quando passou ao lado de um veículo estacionado, onde estavam os réus. Nesse momento o acusado colocou a cabeça para fora do carro, apontou-lhe uma arma de fogo e ordenou que entregasse seus pertences. Contou que entregou sua bolsa, na qual estavam seus documentos, cartões, dinheiro e celular. A ré, que ocupava o banco do passageiro, abriu a bolsa e verificou seu conteúdo. Relatou que registrou boletim de ocorrência e após aproximadamente três meses foi chamada na Delegacia para realizar os reconhecimentos e recuperar seu documento pessoal e cartão bancário. Na



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -

RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

9 de 62

ocasião, não reconheceu a arma de fogo pela fotografia. Em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, descreveu as características da ré e a reconheceu com segurança.

O policial civil Airton Cristianoti Nunes, ouvido em Juízo (audiência realizada pelo sistema audiovisual), afirmou que a empresa Lady Driver procurou a polícia relatando diversos roubos praticados por um casal. Iniciaram as investigações, descobriram a residência da ré em razão de roteador de chamadas, lá encontraram o réu, que dormia em um veículo que ficava em frente à residência. Localizaram no carro cartões de outras vítimas e na residência da ré uma arma de fogo, um simulacro e diversos pertences de vítimas. Aduziu que não se recorda especificamente da ofendida Tamires, pois os réus praticaram roubos contra muitas vítimas.

O policial civil Moisés de Paula Ferreira, ouvido em Juízo (audiência realizada pelo sistema audiovisual), afirmou que réu utilizou o veículo roubado de uma motorista do aplicativo Lady Driver para efetuar o roubo da vítima destes autos e de outros transeuntes. Afirmou que não acompanhou o depoimento da ofendida na fase de investigação.

A vítima descreveu satisfatoriamente a cena do crime, reconheceu com certeza a ré como um dos autores do delito tanto na fase inquisitiva quanto em Juízo, este, sob o pálio do contraditório e ampla defesa. Afirmou, ainda, com segurança, que o delito foi praticado com emprego de arma de fogo, motivo pelo qual o pleito do Representante do Ministério Público pelo reconhecimento de tal merece guarida.

A palavra da vítima, no caso, assume papel preponderante e goza da presunção da veracidade, assumindo especial relevância no deslinde da controvérsia, merecendo total crédito, não sendo crível que alguém incrimine inocente que não conhece e sem motivos, daí porque o seu relato merece todo o crédito, porque não teria ela qualquer proveito em mentir.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -

RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

10 de 62

Nada há nos autos a indicar que a vítima e as testemunhas tivessem qualquer razão ou motivo lógico para atribuir falsamente ao réu a autoria dos fatos.

Reafirmo que a vítima foi ouvida na fase Administrativa e em Juízo, este, sob o pálio do contraditório e ampla defesa, e narrou de forma segura que foi abordada pela Apelante/apelada e o corréu, bem como este portava uma arma de fogo.

O reconhecimento da causa de aumento prevista no artigo 157, parágrafo 2º, inciso I, do Código Penal prescinde a apreensão da arma, uma vez que restou sobejamente provado seu uso no roubo pelo depoimento da vítima.

Ressalto que é inquestionável a validade dos depoimentos prestados por policiais. Nossos tribunais, inclusive, têm decidido reiteradamente pela ampla validade dos aludidos depoimentos, ou seja:

“PROVA - Testemunha - Policial Militar - Validade - Reconhecimento - Impossibilidade de invalidar o depoimento de Policial Militar, por suspeito ou impedido de depor, só porque ostenta essa qualidade, uma vez que, seria incurial, um verdadeiro contra-senso, o Estado credenciar alguém como seu agente e, ao depois, quando este prestasse conta de suas diligências, fosse taxado de suspeito - Recurso improvido”. (Apelação Criminal n. J. 103.338-3/6 - São Paulo 9º Câmara Criminal - Relator: Ubiratan de Arruda - 30.1.2008-V.U.).

Assim vista a prova, a condenação da Apelante/apelada era mesmo de rigor.

Da Dosimetria da pena

Pleiteia o Representante do *Parquet* a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Em que pese a argumentação da recorrente/recorrida, creio que a pena-base não deve ser fixada acima do mínimo. Senão vejamos.

Em detida análise ao artigo 59, do Código Penal, verifico que as circunstâncias são favoráveis a ré, uma vez que a culpabilidade e conduta social não extrapolam



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -
RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

11 de 62

o dolo do tipo; Sara não ostenta antecedentes criminais; sua personalidade não restou aferida nos autos, cujo exame específico se faz necessário para a comprovação da circunstância; o motivo resta comum aquele praticado contra o patrimônio, e as consequências são comuns aos delitos cometidos mediante grave ameaça em face da vítima.

Portanto, não vislumbro nenhuma circunstância judicial desfavorável, motivo pelo qual mantenho a penabase no mínimo legal, ou seja, em 04 (quatro) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, fixados no mínimo legal.

Na segunda fase, reconhecida a atenuante da menoridade, mas não pode ser aplicada, uma vez que a pena-base já foi fixada no seu patamar mínimo e, mesmo reconhecendo-se a presença da atenuante, esta não tem o condão de reduzir as penas aquém do mínimo legal.

É o que se depreende também da Súmula nº 231, do Superior Tribunal de Justiça: "*A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*".

“AÇÃO PENAL. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade. Existência apenas de atenuante ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.” (STF, RE nº 597270 GR-QO, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe de 05/06/09).

Portanto, a pena permanece no mínimo legal, ou seja, em 04 (quatro) anos de reclusão, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, fixados no mínimo legal.

Na terceira fase, tendo em vista a prática de cada delito de roubo em concurso de agentes, bem como com emprego de arma de fogo, nos termos do artigo 68, parágrafo único, do Código Penal, aumento as penas na fração de 2/3 (dois



terços)2, o que perfaz cada pena em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, e ao pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, fixados no mínimo legal.

O Representante do Ministério Público requer a imposição do regime fechado, e a r. Defesa requer o regime aberto. Entretanto, o regime inicial de cumprimento de pena da Apelante/apelada deve ser mantido no semiaberto.

Isto porque, a gravidade do delito, por si só, não é suficiente para justificar a imposição do regime fechado, sendo vedada a utilização de critérios puramente discricionários para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, em atenção aos ditames legais.

Nesse sentido, as Súmulas nº 718 e 719, do Supremo Tribunal Federal, respectivamente:

"A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada"; "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

Trata-se de ré primária, não havendo motivo para fixação do regime mais grave.

Ademais, nos termos do artigo 33, parágrafo 2º, alínea b, do Código Penal, é possível a fixação do regime semiaberto em relação ao caso em tela.

A respeito do assunto, pertinente colacionar o seguinte julgado do Pretório Excelso:

"HABEAS CORPUS. REGIME de cumprimento da pena. Súmula n.º 718 do STF ('A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada'). Súmula n.º719 do STF ('A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea'). Fixada a pena em seu mínimo legal, inferior a 8 (oito) anos, não sendo



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -
RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

13 de 62

caso de reincidência, e reconhecidos, tanto pela sentença como pelo acórdão do Tribunal estadual, os bons antecedentes e a primariedade do réu, não há falar em adoção do regime inicial fechado para o cumprimento da pena sob o argumento de que a referida modalidade de crime vem causando grande comoção social, restando, assim, evidente a ofensa ao art. 33, § 2º, "b" e § 3º c/c art. 59 do Código Penal. Incidência das Súmulas 718 e 719 do STF. Ordem concedida" (HC 83605/SP. Relatora Ministra ELLEN GRACIE. Publicação: DJ 23/04/2004).

Verifica-se, portanto, que a Sentenciada preenche os requisitos objetivos e subjetivos elencados em lei, fazendo *jus* ao regime semiaberto.

Dessa forma, mostra-se demasiadamente rigorosa a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena, assim como demasiadamente branda a fixação de eventual regime aberto, em desconformidade com o artigo 33, do Código Penal.

Destaque-se, por oportuno, que ao ser fixada a pena-base em seu mínimo legal e reconhecidas favoráveis às circunstâncias judiciais ao acusado, é incabível a imposição de regime prisional mais gravoso, conforme já pacificado o tema pela edição da Súmula nº 440, do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe: "*Fixada apenas-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito*".

Por fim, carece reparo a r. Sentença, tocante à isenção ao pagamento da taxa judiciária.

Embora o artigo 4º, parágrafo 9º, alínea *a*, da Lei Estadual nº 11.608 de 29.12.2003, determine que nas ações penais, salvo aquelas de competência do Juizado Especial Criminal, em primeiro grau de jurisdição, a taxa judiciária consistirá no valor equivalente a cem UFESP e será paga, a final, pelo réu, se



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -
RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

14 de 62

condenado, o Apelante alegou não ter condições financeiras para fazê-lo, demonstrando ser financeiramente incapaz de arcar com tal despesa. Desta forma, a ele deve ser aplicada a isenção prevista na Lei Federal, até porque as condições pessoais do Apelante, mormente a financeira, inviabilizam a possibilidade de arcar com as o valor de 100 UFESP, a título de custas, devendo-se “vigorar o princípio da proporcionalidade e do bom senso”.

A propósito:

“APELAÇÃO CRIMINAL CONDENAÇÃO POR ROUBO MAJORADO POR EMPREGO DE ARMA DE FOGO CONCURSO FORMAL PENA REDUZIDA PORTE ILEGAL DE ARMA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO PENA INFERIOR A 08 ANOS REGIME INICIAL SEMIABERTO CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA RECURSO PROVIDO.

(...)Concede-se o direito à justiça gratuita ao recorrente, pois a afirmação de seu patrono que é pobre na forma da lei coaduna-se com os elementos dos autos.”

(Apelação Criminal – Reclusão - N. 2008.020946-8 - Campo Grande Relator Des. Carlos Eduardo Contar - Relator Designado - Des. Manoel Mendes Carli - Julgamento: 09/11/2009 - Órgão Julgador: 2ª Turma Criminal - Publicação: 19/11/2009 - Nº Diário: 2089).

Concedo, portanto, os benefícios da justiça gratuita a Apelante/apelada.

3 - Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso interposto pelo Representante do Ministério Público, para reconhecer a circunstância do emprego de arma de fogo, e fixar a pena da Apelante/apelada em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, fixados no mínimo legal; e dou parcial provimento ao recurso interposto por Sara Aparecida de Oliveira, para conceder os benefícios da justiça gratuita, mantendo-se, no mais, a r. Sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.



PAULO ANTONIO ROSSI

RELATOR

Assim decidindo, a Colenda 12^a. Câmara de Direito Criminal contrariou o art. **59 do Código Penal** e, ao fixar o regime inicial semiaberto, **dissentiu da jurisprudência** do Superior Tribunal de Justiça, autorizando a manifestação do presente inconformismo, com base nas alíneas “a” e “c” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, com as seguintes teses:

**ROUBO COM EMPREGO DE ARMA E EM CONCURSO DE AGENTES.
- AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DECORRENTE DO CONCURSO DE AGENTES COM BASE NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 68 DO CÓDIGO PENAL - RECONHECIMENTO DESTA COMO CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE JUDICIAL – POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO.**

1. O concurso de agentes, que não pode ser considerado causa de aumento de pena, em razão do disposto no parágrafo único do art. 68 do Código Penal, deve ser reconhecido como circunstância agravante judicial, nos moldes do art. 59 do Código Penal.
2. Roubo. Emprego de arma **de fogo**. Concurso de agentes. Circunstâncias judiciais favoráveis. Gravidade em concreto que recomenda o estabelecimento do **regime inicial fechado**



2 – DA CONTRARIEDADE OU NEGATIVA DE VIGÊNCIA A DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL (ART. 59 DO CÓDIGO PENAL)

O art. art. 59 do Código Penal está assim redigido:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências 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)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

(g.n.).



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -
RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

17 de 62

O dispositivo em questão, que tem como fundamento o princípio constitucional da individualização da pena (artigo 5º, XLVI, CF), estabelece 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



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -
RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

18 de 62

supremo Legislador pôs 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*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -
RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

19 de 62

proteção (Schutzpflicht) adotam 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) TIPICIDADE DA CONDUCTA. 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



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA**

- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -
RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

20 de 62

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 expresso, 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)



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -

RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

21 de 62

controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). 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



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -

RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904

TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

22 de 62

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,



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -
RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

23 de 62

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



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -
RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

24 de 62

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).

E no caso que é objeto desta ação penal os réus, ao praticarem o roubo em concurso de agentes e com emprego de arma de



fogo, revelaram periculosidade superior em relação a autores do mesmo crime que atuaram sozinhos.

Vale dizer, os réus não merecem a mesma pena que outros autores de roubo que praticam o crime com emprego de arma, porém sem contar com a atuação de comparsas.

Penso que, diante desta circunstância judicial tão desfavorável, o Estado Juiz está autorizado a proceder o aumento da pena, na primeira fase, no mínimo, em 1/6 (um sexto), pois a reestruturação dos fundamentos da sentença é admitida, dentro dos limites objetivos da impugnação, mesmo que se cuide de recurso exclusivo ou privativo da defesa.

É possível a reestruturação do fundamento utilizado pela sentença para a fixação da pena ou do regime prisional inicial, pela instância recursal ordinária, em sede de recurso exclusivo da defesa, desde que não agravada a situação do réu, evitando-se o *reformatio in pejus* e observando o artigo 617 do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

“Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for possível, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.”

Ora, não cabe ao tribunal de origem, em apelação privativa da defesa, agravar a situação do acusado.

Isto não significa que a segunda instância, cujos membros



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -
RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

26 de 62

também possuem livre convencimento, não possam, por seus próprios fundamentos, manter inalterada a situação do acusado.

Assim, por exemplo, se a sentença estabeleceu o regime inicial fechado, com base na gravidade em abstrato do crime, nada obstará a que o tribunal rechaçasse a pretensão de abrandamento do regime prisional deduzida em recurso privativo da defesa, com fulcro na gravidade em concreto do crime.

Não se verifica a *reformatio in pejus* na alteração, pela instância recursal ordinária, do fundamento da decisão recorrida.

No julgamento do AgRg no HC 280.353/RS, relatado pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 30/06/2015, DJe de 03/08/2015, da ementa constou que a jurisprudência da Corte Superior de Justiça firmou compreensão de que, ainda que em sede de recurso exclusivo da defesa, é possível a revisão dos fundamentos apresentados na dosagem da pena, desde que não modificada a quantidade de sanção imposta, sem que tal procedimento caracterize indevida *reformatio in pejus*.

Nesse sentido já decidiram tanto a Suprema Corte quanto a Corte Superior de Justiça:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 E 617 DO CPP. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. (I) REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -

RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904

TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

27 de 62

INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. (II)
REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA.
FUNDAMENTOS NOVOS. POSSIBILIDADE.
EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. AGRAVO
REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1.
É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância
ordinária, fazer um cotejo fático probatório a fim de
analisar a existência de provas suficientes a embasar a
aplicação da pena base e das causas de aumento ou de
diminuição da sanção, porquanto é vedado na via eleita
o reexame de fatos e provas. Súmula 7/STJ. 2.
**Ressalvado o entendimento desta relatoria, "a
jurisprudência desta Corte firmou compreensão de
que, ainda que em sede de recurso exclusivo da
defesa, é possível a revisão dos fundamentos
apresentados na dosimetria da pena, desde que não
modificada a quantidade de sanção imposta, sem que
tal procedimento caracterize indevida *reformatio in
pejus*. Precedentes do STJ"** (AgRg no HC 280.353/RS,
Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta
Turma, julgado em 30/06/2015, DJe de 03/08/2015). 3.
Agravo regimental a que se nega provimento." (STJ -
AgRg no AREsp 729735/MG - 6ª Turma - Rel. Ministra
Maria Thereza de Assis Moura - j. em 08/09/2015 - DJe
de 28/09/2015).



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -
RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

28 de 62

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. FURTO TENTADO. DOSIMETRIA. *REFORMATIO IN PEJUS*. INOCORRÊNCIA. *QUANTUM* DA PENA QUE PERMANECEU FAVORÁVEL AO RECORRENTE. AGRAVO IMPROVIDO. 1. O princípio da vedação da *reformatio in pejus*, disposto no art. 617 do Código de Processo Penal, veda a reforma da decisão em prejuízo do réu, em recurso exclusivo da defesa. 2. **É assente na jurisprudência desta Corte Superior o entendimento de que, em razão do efeito devolutivo amplo da Apelação, o Tribunal *a quo* pode apresentar novos fundamentos para justificar o aumento na pena, desde que esta não ultrapasse aquela fixada anteriormente pelo magistrado singular, mesmo em se tratando de recurso exclusivo do réu.** 3. Agravo Regimental improvido." (STJ - AgRg no HC 240580/MS - 5ª Turma - Rel. Ministro Jorge Mussi - j. em 21/10/2014 - DJe de 29/10/2014).

Desse entendimento não discrepa o Supremo Tribunal Federal:

"*HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUA PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. ALEGAÇÃO DE



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -

RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904

TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

29 de 62

MOTIVAÇÃO INIDÔNEA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA E DE *REFORMATIO IN PEJUS*. PEDIDO DE FIXAÇÃO DA MINORANTE NO PATAMAR MÁXIMO E DE CONSEQUENTE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITO. EFEITO DEVOLUTIVO DO RECURSO DE APELAÇÃO. CORRETA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS NA SEGUNDA INSTÂNCIA. ORDEM NEGADA. 1. Não se comprova a presença de constrangimento ilegal a ferir direito da Paciente nem ilegalidade ou abuso de poder a ensejar a concessão da presente ordem de *habeas corpus*. 2. **Ainda que em recurso exclusivo da defesa, o efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal a rever os critérios de individualização definidos na sentença penal condenatória para manter ou reduzir a pena, limitado tão-somente pelo teor da acusação e pela prova produzida.** 3. **Inexistência de *reformatio in pejus* e inviabilidade do pedido de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.** 4. Ordem denegada." (STF - HC 101917/MS - 1ª Turma - Relatora a Ministra Cármen Lúcia, j. em 31/08/2010, DJe-026 de 09/02/2011).

Portanto, o tribunal de origem, mesmo julgando recurso privativo da defesa, ao afastar o concurso de agentes como majorante do



roubo, pode considerar este fato como circunstância agravante judicial do crime (circunstância judicial desfavorável), para o fim de manter inalterada a pena – ou até reduzi-la, aplicando o aumento de 1/6 à pena-base - sem que se cogite de agravamento da situação dos acusados.

Tal possibilidade, ou seja, aumento da pena-base como circunstância judicial desfavorável já foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, em decisão que deixou expresso que **não se trata de reformatio in pejus, “uma vez que a circunstância foi reconhecida na sentença e confirmada no acórdão, além da pena total restar reduzida”**

Caso não vejamos (destaques nossos):

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE.

ROUBO MAJORADO. CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA DE FOGO.

CÚMULO DAS CAUSAS DE AUMENTO PREVISTOS NA PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO PENAL - CP. MAJORAÇÃO DA PENA QUE EXCEDE O LIMITE DA RAZOABILIDADE SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO COM EXTENSÃO DOS EFEITOS AOS DEMAIS CORRÉUS.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -

RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

31 de 62

Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

2. "O art. 68, parágrafo único, do CP, não impede de todo a aplicação cumulativa de causas de aumento de pena. É razoável a interpretação da lei no sentido de que eventual afastamento da dupla cumulação deverá ser feito apenas no caso de sobreposição do campo de aplicação ou excessividade do resultado" (Trecho do voto condutor do acórdão do ARE 896843 AgR, Relator: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 8/9/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 PUBLIC 23/9/2015).

3. No caso em análise, a majoração da pena em razão da utilização de arma de fogo (art. 157, §2º-A, inciso I) e do concurso de agentes (art. 157, §2º, inciso II) resultou na aplicação de pena que extrapolou a razoabilidade, qual seja 8 anos, 10 meses e 20 dias, pena sob a qual ainda incidiu o aumento de 1/6, decorrente da continuidade delitiva.

4. De rigor, nos termos do art. 68, parágrafo único, do Código Penal, a incidência apenas da maior causa de aumento, qual seja 2/3. A circunstância do concurso de agentes **não pode ser desprezada**, o que leva a sua consideração como circunstância judicial desfavorável,



devendo a pena base ser elevada em 1/6. Não há falar em reformatio in pejus, uma vez que a circunstância foi reconhecida na sentença e confirmada no acórdão, além da pena total restar reduzida.

5. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena aplicada ao paciente com a extensão dos efeitos aos demais corréus na mesma situação jurídica, nos termos do requerido pelo Ministério Público Federal.

(HC 527.704/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 25/11/2019)

Corretíssimo o entendimento deste Egrégio Tribunal Superior. É certo que o concurso de agentes não pode ser considerado uma causa de aumento de pena do crime de roubo, nos termos do art. 68, parágrafo único, do Código Penal, devendo agora tal fato **ser valorado como circunstância judicial desabonadora.**

Vale dizer, agora o julgador deve verificar se o concurso de agentes indica maior **culpabilidade** e **maior distorção de personalidade do agente,** bem como se **circunstâncias e consequências do crime lhe são desfavoráveis.**

Como ensinava JULIO FABBRINI MIRABETE:

“Em primeiro lugar, nas circunstâncias judiciais, a lei menciona a *culpabilidade* do agente, tida na reforma penal como o fundamento e a medida da



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -
RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

33 de 62

responsabilidade penal, o juízo de reprovação a cargo do juiz, que deve atentar para as circunstâncias que envolveram o ilícito. No termo, deve-se incluir a aferição da intensidade do dolo ou o grau da culpa mencionados expressamente na lei anterior” (*Código Penal Interpretado*, 2ª ed., Atlas, 2001, pág. 366).

Ainda de acordo com o ilustre penalista:

“A referência às *circunstâncias e consequências do crime* é de caráter geral, incluindo-se nelas as não inscritas em dispositivos específicos. Podem referir-se ao tempo do delito, que pode demonstrar maior ou menor determinação do criminoso, a atitude durante ou após a conduta criminosa indicadora de insensibilidade ou indiferença ou arrependimento, ou se relacionar com a gravidade maior ou menor do dano causado pelo crime” (ob. cit., pág. 376).

E neste caso foi reconhecido pelas instâncias inferiores, que o roubo foi praticado com emprego de uma arma e em concurso de agentes.

Percebemos então que:

I - A culpabilidade¹, ou seja, o juízo de reprovabilidade da

¹ PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA DECLINADA. PROPORCIONALIDADE DO AUMENTO DA REPRIMENDA. WRIT NÃO CONHECIDO.



conduta dos agentes, situou-se em nível acima do normal. Ao se associarem para concretização do roubo, eles aumentaram a reprovabilidade penal de suas condutas.

II – A personalidade dos agentes² apresenta aspectos

(...)

3. **A culpabilidade, para fins do art. 59 do CP, deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, apontando maior ou menor censura do comportamento do réu. Não se trata de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito, mas, sim, do grau de reprovação penal da conduta do agente, mediante demonstração de elementos concretos do delito.** No caso concreto, o paciente demonstrou frieza ao perseguir a vítima, em alta velocidade, por tempo suficiente para refletir sobre a sua conduta, com plena possibilidade de adotar conduta diversa. Ainda, conforme o reconhecido pelas instâncias ordinárias, a vítima, de apenas 19 anos de idade, tentou fugir, sem oferecer qualquer risco ao paciente.

Tais circunstâncias, a toda evidência, demonstram profundo desprezo e insensibilidade para com a vida humana, o que denota a imensa reprovabilidade da conduta delituosa perpetrada pelo réu, devendo ser mantida, desse modo, a valoração negativa do vetor "culpabilidade".

4. Descabe falar em desproporcionalidade na exasperação da pena-base pela culpabilidade, pois, considerando a fração de aumento ideal de 1/8, a incidir sobre o intervalo de apenamento previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador, o qual corresponde a 18 anos, chega-se ao incremento da reprimenda em 2 anos e 3 meses por vetorial desabonadora, ou seja, em patamar inferior ao estabelecido no decreto condenatório.

5. Writ não conhecido.

(HC 448.811/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 28/06/2018)

² PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO.

ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DIVULGAÇÃO E ARMAZENAMENTO DE REGISTROS CONTENDO CENAS DE SEXO EXPLÍCITO OU PORNOGRÁFICO ENVOLVENDO CRIANÇA E ADOLESCENTE. ALICIAMENTO, ASSÉDIO, INSTIGAÇÃO OU CONSTRANGIMENTO DE CRIANÇA, COM O FIM DE COM ELA PRATICAR ATO LIBIDINOSO.

ABSOLVIÇÃO. CONDENAÇÃO BASEADA NAS PROVAS PRODUZIDAS DURANTE A PERSECUÇÃO PENAL. ÓBICE AO REVOLVIMENTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO NA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENAS-BASE ACIMA DO PISO LEGAL. CULPABILIDADE E



negativos. Ao premeditar e planejar as condutas delituosas, para tanto, além de valerem-se de arma de fogo, agiram em comparsaria criminosa, eles demonstraram que seu perfil subjetivo está abaixo da moral média.

Repita-se mais uma vez, ao praticar o crime com arma de fogo e **em concurso de agentes**, os agentes revelaram periculosidade acima da média, em relação autores de roubos que atuam sozinhos.

Em outras palavras os réus, que poderiam ter praticado o roubo sozinhos, ao se valer de comparsaria para a concretização deste crime, incorreram em várias circunstâncias judiciais negativas previstas no art. 59 do Código Penal, porém indevidamente a pena-base deles permaneceu no mínimo legal, na primeira fase do cálculo.

Assim, o caso passou a se enquadrar perfeitamente na lição do saudoso Ministro ALIOMAR BALEEIRO, para quem “... **denega-se vigência de lei não só quando se diz que esta não está em vigor, mas também quando se decide em sentido diametralmente oposto ao que nela está expresso e claro**” (RTJ 48/788).

Ou, no mesmo sentido, “... **equivale negar vigência o fato de o julgador negar aplicação a dispositivo específico, único aplicável à**

PERSONALIDADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA DECLINADA. PROPORCIONALIDADE DO AUMENTO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO MANTIDO. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

5. A valoração da personalidade do agente, para fins do art. 59 do CP, **resulta da análise do seu perfil subjetivo, no que se refere a aspectos morais e psicológicos, para que se afira a existência de caráter voltado à prática de infrações penais, com base nos elementos probatório dos autos, aptos a inferir o desvio de personalidade.**

(HC 319.109/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 30/05/2018)



hipótese, quer ignorando-o, quer aplicando outro inadequado” (REsp 63.816, RTJ 51/126).

Vale dizer, ao afastar a causa de aumento de pena, porém ignorando as circunstâncias judiciais negativas que agora poderiam ser consideradas, o v. acórdão **negou vigência ao art. 59 do Código Penal.**

3. DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL

Em sede de roubo perpetrado com emprego de arma de fogo, as Colendas Quinta e Sexta Turmas deste Egrégio Superior Tribunal de Justiça já firmaram entendimento no sentido da adequação do regime inicial fechado, **máxime em se reconhecendo a incidência de circunstância judicial desfavorável (concurso de agentes)**, porque evidenciada a gravidade em concreto, com fundamento no artigo 33, § 3º, c.c. o artigo 59, ambos do Código Penal.

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2º, INCISOS I E II). REGIME PRISIONAL INICIALMENTE FECHADO. MAIOR PERICULOSIDADE SOCIAL DO AGENTE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL FLAGRANTE.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -

RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

37 de 62

I - Acompanhando o entendimento firmado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus n. 109.956, de relatoria do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, a 5ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir o uso do writ como substitutivo de recurso ordinário, previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição da República e 30 da Lei n. 8.038/1990, sob pena de frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

II - O entendimento desta Corte evoluiu para não mais se admitir o manejo do habeas corpus em substituição ao recurso próprio, bem assim como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes.

III - Apesar da impossibilidade de conhecimento do writ, convencionou-se analisar as alegações apresentadas, de forma fundamentada, a fim de apreciar a necessidade de concessão da ordem, de ofício.

IV - Deve ser mantido o regime de cumprimento da pena fixado pelas instâncias ordinárias, em razão da gravidade concreta do fato delituoso, levando-se em consideração, principalmente, o emprego de arma de fogo, circunstância que evidencia a maior periculosidade social do agente, justificando a resposta estatal mais severa. O indivíduo que pratica o crime de roubo valendo-se de arma branca ou imprópria expõe o patrimônio e a incolumidade física da vítima a determinado risco, decorrente do nível de intimidação e possibilidade de resistência. Diversa é a situação na qual o delito em tela é cometido com o emprego de arma de fogo, pois dotada de maior potencial ofensivo, não só em relação à vítima, mas também em face de terceiros. Em tais casos, mesmo que a pena-base seja estabelecida no mínimo legal, não haverá contrariedade à Súmula 440 desta Corte, por força da gravidade concreta do delito, decorrente da utilização de instrumento dotado de maior poder letal.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -

RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

38 de 62

Precedentes. Ademais, a análise da adequação do regime inicial de cumprimento da pena pode ser feita com base na totalidade da sentença ou do acórdão condenatórios, quando existirem dados concretos para tanto, em outros tópicos do decisum impugnado, que não possam ser desprezados.

V - *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 293.512/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2014, DJe 01/07/2014)

"CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2º, I, II E V, DO CP). REGIME INICIAL FECHADO JUSTIFICADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. MAIOR POTENCIAL OFENSIVO DA CONDUTA. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

01. As Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento de não ser admissível habeas corpus impetrado em substituição a recurso especial, a recurso ordinário ou a revisão criminal previstos, respectivamente, na alínea "e" do inciso I, na alínea "a" do inciso II e no inciso III do art. 105 da Constituição da República (Quinta Turma, HC n. 277.152, Min. Jorge Mussi; HC n. 239.999, Min. Laurita Vaz; Sexta Turma, HC n. 275.352, Min. Maria Thereza de Assis Moura). Porém, por força do disposto na Constituição da República (art. 5º, inc. LXVIII) e no Código de Processo Penal (art. 654, § 2º), cumpre ao Tribunal "expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal".

02. "A estipulação do regime de cumprimento da pena não está atrelado, em caráter absoluto, à pena-base. O fato de esta ser colocada no mínimo legal não torna obrigatória a



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -

RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

39 de 62

fixação de regime menos severo, desde que, por meio de elementos extraídos da conduta delitiva, seja demonstrada a gravidade concreta do crime, de forma a autorizar a imposição de regime mais rigoroso do que aquele permitido pelo quantum da reprimenda" (HC 262.939/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 8.4.2014, DJe 25.4.2014).

03. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 294.803/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 26/09/2014)

"*HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. APREENSÃO E CONSEQUENTE PERÍCIA DA ARMA. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA PARA ATESTAR O SEU EFETIVO EMPREGO. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA PELO NÚMERO DE MAJORANTES. MATÉRIA NÃO DEBATIDA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O STJ, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

2. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento dos EREsp n. 961.863/RS, pacificou o entendimento de serem



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -

RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

40 de 62

dispensáveis a apreensão da arma e a realização de exame pericial para que incida o aumento na pena por uso de arma em roubo, quando existirem nos autos outros elementos probatórios que levem a concluir pela sua efetiva utilização no crime.

3. A alegada violação da Súmula 443 desta Corte Superior, em virtude da elevação da reprimenda do paciente na proporção de 2/5, com espede unicamente na quantidade de circunstâncias majorantes, não foi analisada pelo Tribunal de origem, o que impede a apreciação dessa matéria diretamente por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de incidir em indevida supressão de instância.

4. Fixada a quantidade da sanção devida a quem, comprovadamente, violou a norma penal, compete ao juiz natural da causa indicar, de maneira motivada e com base nos dados concretos dos autos, qual o regime inicial a fixar para o cumprimento da reprimenda, não sendo possível coarctar-lhe a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, indiquem como necessária, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso do que indicaria a mera correspondência da quantidade da pena à previsão legal.

5. Ressalva do entendimento pessoal do relator, no sentido de que o roubo cometido com emprego de arma de fogo possui maior reprovabilidade e maior potencialidade lesiva à integridade física da vítima e de terceiros do que o roubo cometido com outro tipo de arma menos letal. Logo, ainda que se comine, abstratamente, igual sanção a ambas as hipóteses, atenderá ao critério da proporcionalidade das penas, bem assim ao efeito dissuasório, preventivo, que se lhe pretenda atribuir (quer para a população em geral, quer para o agente transgressor da norma), punir o autor do roubo que empunha um revólver, uma pistola, um fuzil ou outra arma de fogo, com pena concretamente mais grave e/ou regime de seu cumprimento mais rigoroso em relação aos que caberiam, *in thesis*, àqueloutros perpetradores de roubo



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -

RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

41 de 62

que se valem de um canivete ou de uma faca como meio intimidatório da vítima. Precedentes do STF e do STJ. Observância das Súmulas 440/STJ e 719/STF.

6. No caso vertente, a par do emprego de arma de fogo como fundamento para a fixação do regime mais gravoso, foram, para tal fim, determinantes as circunstâncias de ter havido concurso de agentes, de terem sido as vítimas privadas de sua liberdade e por ser o ora paciente vizinho de uma delas, pessoa idosa que, ao ter a arma apontada para si, sofreu mal súbito, potencializando o risco de um desfecho trágico ao roubo.

7. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 278.175/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/06/2014, DJe 10/06/2014)

"*HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. ROUBO MAJORADO. 3. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS RIGOROSO. POSSIBILIDADE DIANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. ACENTUADA PERICULOSIDADE. 4. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -

RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

42 de 62

Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie.

Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente - a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício -, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. No presente caso, a opção pelo regime fechado não se deu com base na gravidade abstrata do delito, mas, ao contrário, com fulcro nas especificidades da causa que, por sua vez, exigem maior rigor na resposta penal, bem como na mecânica delitiva do crime, notadamente diante da violência empregada contra a vítima, a ousadia, o destemor, a frieza dos acusados e do emprego de arma de fogo, circunstâncias que evidenciam a acentuada periculosidade.

3. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 291.782/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 04/06/2014)

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. SAIDINHA DE BANCO. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRETENSÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES.

1. Os Tribunais Superiores restringiram o uso do "habeas corpus" e não mais o admitem como substitutivo de recursos e nem sequer para as revisões criminais.

2. O Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento de que o "decisum" que impõe regime de cumprimento mais



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -
RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

43 de 62

severo do que prevê a lei, requer motivação respaldada em elementos concretos, não sendo suficiente a gravidade em abstrato do delito, conforme suas Súmulas nº 718 e nº 719, do STF.

3. É certo que o comando legal do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, não determina que o regime inicial tenha por baliza a pena-base fixada, e sim, que o Magistrado deva fundamentar sua sentença apoiado nas circunstâncias elencadas no art. 59, do mesmo Estatuto.

4. Igualmente, as Súmulas n.º 718 e 719, do Supremo Tribunal Federal e a Súmula n.º 440, deste Sodalício, refutam a imposição de regime mais gravoso, quando lastreada, apenas, na gravidade abstrata do delito ou através de motivação inidônea.

5. As instâncias ordinárias se apoiaram nos fatos concretos, ante as peculiaridades das circunstâncias que cercaram a prática da ação delituosa, sopesando a grave ameaça empregada e a impossibilidade de reação da vítima, em face do concurso de agentes e do emprego de arma de fogo, quando da estipulação do regime inicial fechado.

6. *Habeas corpus* não conhecido por ser substitutivo do recurso cabível."

(HC 291.220/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 08/05/2014, DJe 14/05/2014)

E no julgamento do HC 286.077/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 18/06/2014, admitiu-se o regime inicial fechado em caso semelhante com a seguinte fundamentação:

“Quanto ao regime de cumprimento da pena fixado pelas instâncias ordinárias, verifica-se deva ser mantido, em razão da gravidade concreta do fato delituoso,



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -

RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

44 de 62

levando-se em consideração, principalmente, o emprego de arma de fogo, circunstância que, segundo o atual entendimento da 5ª Turma desta Corte, evidencia a maior periculosidade social do agente, justificando a resposta estatal mais severa.

Com efeito, a determinação do regime prisional não se vincula, de forma absoluta, ao montante da pena privativa de liberdade.

Assim, à luz do princípio da individualização da pena, que atua tanto a favor como contra o réu, e atento à necessidade e suficiência da resposta estatal, para a reprovação e prevenção do crime, o magistrado deve fixar o regime inicial de cumprimento da reprimenda levando em conta não poder ser oferecida a mesma resposta para casos nos quais a exposição ou ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal seja absolutamente desigual.

É dizer, o indivíduo que pratica o crime de roubo valendo-se de arma branca ou imprópria, como, por exemplo, um estilete, uma tesoura, um gargalo de garrafa quebrada ou um pedaço de madeira, expõe o patrimônio e a incolumidade física da vítima a determinado risco, decorrente do nível de intimidação e possibilidade de resistência.

Diversa é a situação na qual o delito em tela é cometido com o emprego de arma de fogo, pois dotada de maior potencial letal, não só em relação à vítima, mas também em face de terceiros.

Ademais, entendo não se possa perder de vista que, como regra, a diferença entre a consumação de um roubo ou de um latrocínio está mais relacionada com a reação da vítima do que propriamente com a disposição do sujeito ativo.

De fato, “o agente que se utiliza de arma de fogo para subtrair bens da vítima atua com ousadia e periculosidade extremadas, estando disposto a "matar ou



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -

RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursoespecial@mpsp.mp.br

45 de 62

morrer", o que torna a infração mais grave e reprovável” (RHC 42.206/SP, 5ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 26.02.2014).

Por outro lado, se a circunstância judicial referente aos antecedentes ou a agravante da reincidência – que não geram maior risco imediato ao bem jurídico tutelado – podem embasar a imposição de regime fechado, com maior razão, a prática do delito patrimonial em questão, no qual a violência ou grave ameaça tenha sido exercida com emprego de arma de fogo, justifica a imposição do regime mais gravoso.

Em tais casos, mesmo que a pena-base seja estabelecida no mínimo legal, não haverá contrariedade à Súmula 440 desta Corte, por força da gravidade concreta do delito, decorrente da utilização de instrumento dotado de maior poder letal.

A propósito, os seguintes precedentes desta 5ª Turma:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES. MAJORAÇÃO DA REPRIMENDA EM 3/8 (TRÊS OITAVOS). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONCRETA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À SÚMULA 443/STJ. 3. REGIME FECHADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. MAIOR PERICULOSIDADE SOCIAL DO AGENTE. INEXISTÊNCIA DE MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 4. ORDEM NÃO CONHECIDA.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -

RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

46 de 62

(...)

3. Em respeito aos ditames de individualização da pena e aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, o agente que se utiliza de arma branca ou imprópria para a prática do delito de roubo não deve ser tratado de modo idêntico àquele que faz uso, por exemplo, de revólver, pistola ou fuzil com a mesma finalidade. Se a locução "emprego de arma" - causa especial de majoração da pena no crime de roubo - abrange tanto as armas impróprias (faca, chave de fenda, pedaço de pau ou de vidro, emprego de animais, por exemplo), cujo porte não é proibido, quanto as armas de fogo - conduta que constitui crime autônomo e grave; nada mais razoável e lógico do que a censura penal incidente sobre roubos com armas impróprias e próprias tenha tratamento distinto, se não na quantidade de pena, pelo menos na qualidade da resposta penal. Portanto, se durante a fixação da pena a fração de exasperação é a mesma para o roubo praticado com arma branca e para o cometido com emprego de arma de fogo (aspecto quantitativo), justamente no estabelecimento do regime prisional é que a diferenciação entre ambas as condutas deverá ser feita (aspecto qualitativo).

4. Ordem não conhecida.

(HC 282978/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 25/03/2014, DJe 02/04/2014).

"HABEAS CORPUS" SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRETENSÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES.

1. O Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento de que o "decisum" que impõe regime de cumprimento mais



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -

RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

47 de 62

severo do que prevê a lei requer motivação respaldada em elementos concretos, não sendo suficiente a gravidade em abstrato do delito. Súmulas n.º 718 e n.º 719, do STF.

2. É certo que o comando legal do art. 33, § 2º e § 3º, do Código Penal, não determina que o regime inicial tenha por baliza a pena-base fixada, e sim, que o Magistrado deva fundamentar seu decisum apoiado nas circunstâncias elencadas no art. 59, do mesmo Codex.

3. Igualmente, as Súmulas n.º 718 e 719, do Supremo Tribunal Federal e a Súmula n.º 440, deste Sodalício, refutam a imposição de regime mais gravoso, quando lastreada, apenas, na gravidade abstrata do delito ou através de motivação inidônea.

4. "In casu", as instâncias ordinárias se apoiaram nos fatos concretos, ante as peculiaridades das circunstâncias que cercaram a prática da ação delituosa, sopesando a grave ameaça empregada e a impossibilidade de reação da vítima, em face do emprego de arma de fogo, quando da estipulação do regime inicial fechado.

5. "Habeas corpus" não conhecido por ser substitutivo do recurso cabível.

(HC 279.272/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 19/1/2013, DJe 25/1/2013).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ART. 157, § 2.º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. ARMA DE FOGO. EXAME PERICIAL. NÃO APREENSÃO DO INSTRUMENTO. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME, COMO NO CASO, PELO FIRME E COESO DEPOIMENTO DAS VÍTIMAS. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO ERESP N.º



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA**

**- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -
RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br**

48 de 62

961.863/RS. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 38. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO DO QUE O LEGALMENTE PERMITIDO. ALEGADA VIOLAÇÃO À SÚMULA N.º 440/STJ. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MODUS OPERANDI QUE DEMONSTRA MAIOR REPROVABILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. Hipótese em que o Paciente foi condenado às penas de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa, pela suposta prática do delito tipificado no art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal.

(...)

7. O fato da especial reprovabilidade do crime não ter sido utilizada para a exasperação da pena-base demonstra tão-somente a benevolência das instâncias ordinárias, não conduzindo à inferência de que há violação ao enunciado da Súmula n.º 440/STJ, uma vez que o regime fechado foi estabelecido por conta da gravidade concreta do crime.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para, mantida a condenação, reformar o acórdão impugnado e a sentença condenatória, tão somente na terceira fase da dosimetria da pena, a fim de reduzir a reprimenda do Paciente para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

(HC 231.510/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 09/12/2013).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVAS. POSSIBILIDADE.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -

RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904

TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

49 de 62

REGIME FECHADO MOTIVADO NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULAS N. 718 E 719 DO STF E SÚMULA N. 440 DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...)

- Não há se falar em ilegalidade na fixação do regime mais gravoso quando, apesar de a pena-base ter sido estabelecida no mínimo legal, foram consideradas as circunstâncias fáticas ensejadoras do regime mais gravoso, caracterizadas pela utilização de arma de fogo - potencialmente mais lesiva -, circunstância que evidencia a acentuada periculosidade do paciente. Precedentes.

- O crime de roubo cometido com uso de arma de fogo exprime maior periculosidade social do agente, o que exige que seja dada uma resposta penal mais severa para a repressão e prevenção do delito, justificando-se, então, a imposição do regime mais gravoso.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 250.543/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJSE), QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 28/06/2013).

PENAL. REGIME INICIAL PARA CUMPRIMENTO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. USO ARMA DE FOGO. CONCURSO DE AGENTES.

"Impossibilidade de fixação do regime intermediário para início de desconto da pena se a opção pelo regime fechado não se deu com base na gravidade abstrata do delito, mas, ao contrário, com fulcro nas especificidades da causa que, por sua vez, exigem maior rigor no apenamento, bem como na mecânica delitiva do crime, notadamente diante do emprego de arma de fogo para o cometimento da infração, circunstância que evidencia a acentuada periculosidade do



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -

RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904

TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

50 de 62

paciente" (HC 206.767/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 22/09/2011).

Nego provimento ao recurso especial."

(REsp 1.329.069/SP, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJPR), QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 27/06/2013).

No mesmo sentido, já se pronunciou a Sexta Turma desta Corte:

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO. IMPOSIÇÃO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME.

1. Apesar da aplicação da pena no mínimo legal e da primariedade do agravante, a fixação do regime mais severo teve fundamentação idônea, extraída de elementos concretos da prática delitativa, em que houve ameaças às vítimas, por meio da utilização direta de arma de fogo.

2. Inexiste ilegalidade na imposição do regime fechado, tampouco desrespeito ao comando das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

3. A estipulação do regime de cumprimento da pena não está atrelado, em caráter absoluto, à pena-base. O fato de esta ser colocada no mínimo legal não torna obrigatória a fixação de regime menos severo, desde que, por meio de elementos extraídos da conduta delitativa, seja demonstrada a gravidade concreta do crime, de forma a autorizar a imposição de regime mais rigoroso do que aquele permitido pelo quantum da reprimenda.

4. Agravo regimental improvido."



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -

RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

51 de 62

(AgRg no AREsp 169.855/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 29/05/2013)”.
DJe 29/05/2013)”.
DJe 29/05/2013)”.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal também adota o mesmo entendimento:

"AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. CONCURSO FORMAL ENTRE DELITOS DE ROUBOS COMETIDOS COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. ALEGAÇÃO DE FALTA DE PROVAS DA UTILIZAÇÃO DE ARMA DE FOGO. REGIME INICIAL FECHADO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Compete ao Relator o julgamento de pedidos contrários à orientação predominante no Tribunal (art. 38 da Lei nº 8.038/1990 e art. 192, c/c o art. 312, ambos do RI/STF). 2. O habeas corpus não se presta para a rediscussão do material probatório da ação penal, notadamente se da leitura da sentença e do acórdão confirmatório da condenação verifica-se que as instâncias ordinárias reconheceram a existência de provas judicialmente produzidas quanto ao efetivo emprego de arma de fogo. 3. No julgamento do HC 96.099, Rel. Min. Ricardo Lewandowisk, o Plenário do Supremo Tribunal Federal fixou a orientação no sentido de que a apreensão da arma de fogo não é indispensável à incidência da majorante do art. 157, § 2º, I, do Código Penal. 4. O emprego de arma de fogo, circunstância objetiva do caso concreto vinculada à maneira de agir do acusado, constitui fundamento idôneo para a imposição de regime inicial fechado, mesmo na hipótese de a pena-base haver sido fixada no mínimo legal. Não fosse a previsão legal de exacerbação da pena na terceira fase da dosimetria, a utilização de arma de fogo implicaria o aumento da sanção penal já na primeira etapa da dosimetria (pena-base), na medida em que, antes de limitar-se à chamada gravidade abstrata do delito, está relacionada ao conceito mais amplo de culpabilidade objetiva e, mediatamente, ao modus operandi empregado pelo agente. 5.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -

RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

52 de 62

Agravo regimental a que se nega provimento." (HC 123110 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 12-09-2014 PUBLIC 15-09-2014)

Com efeito, a adequação do regime fechado em sede de roubo perpetrado com emprego de arma de fogo é orientação vigente na Corte Superior. A propósito:

“PENAL. REGIME INICIAL PARA CUMPRIMENTO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. USO DE ARMA DE FOGO. CONCURSO DE AGENTES.

“Impossibilidade de fixação do regime intermediário para início de desconto da pena se a opção pelo regime fechado não se deu com base na gravidade abstrata do delito, mas, ao contrário, com fulcro nas especificidades da causa que, por sua vez, exigem maior rigor no apenamento, bem como na mecânica delitiva do crime, notadamente diante do emprego de arma de fogo para o cometimento da infração, circunstância que evidencia a acentuada periculosidade do paciente”

(STJ, HC 206.767/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 22/09/2011).

4. DO ACÓRDÃO PARADIGMA



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -
RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

53 de 62

No julgamento do **RECURSO ESPECIAL Nº 1.329.069 – SP**, do qual foi Relator o Ministro **CAMPOS MARQUES** (Desembargador convocado do TJ/PR), julgado em 20/06/2013, publicado no DJe de 27/06/2013 e na **REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA** (decisão que ora se oferece como **paradigma**), a **QUINTA TURMA** do **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** decidiu:

"PENAL. REGIME INICIAL PARA CUMPRIMENTO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. USO DE ARMA DE FOGO. CONCURSO DE AGENTES.

"Impossibilidade de fixação do regime intermediário para início de desconto da pena se a opção pelo regime fechado não se deu com base na gravidade em abstrata do delito, mas, ao contrário, com fulcro nas especificidades da causa que, por sua vez, exigem maior rigor no apenamento, bem como na mecânica delitiva do crime, notadamente diante do emprego de arma de fogo para o cometimento da infração, circunstância que evidencia a acentuada periculosidade do paciente" (HC 206.767/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 22/09/2011).

Nego provimento ao recurso especial."

A seguir transcreve-se a íntegra do relatório e do voto do Ministro

Relator:

"RECURSO ESPECIAL Nº 1.329.069 - SP (2012/0123889-1)

RELATOR: MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)



RECORRENTE: LEONARDO FABRÍCIO DOS SANTOS

ADVOGADO: FABRÍCIO FERES FURLAN - DEFENSOR PÚBLICO E OUTROS

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)(Relator):

Trata-se de recurso especial, interposto por LEONARDO FABRÍCIO DOS SANTOS, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento ao apelo defensivo, mantendo, assim, a sentença que condenou o recorrente à pena de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo, como incurso no art. 157, § 2o, incisos I e II, do CP .

Nas razões do apelo raro, o recorrente alega contrariedade aos arts. 33, § 2o, alínea "b", do CP, sob o argumento de que a gravidade abstrata do roubo não se presta a justificar o agravamento do regime prisional, razão porque requer que seja fixado "o regime semiaberto para o início da reprimenda imposta ao recorrente ".

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 280/284).

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo provimento do recurso especial (fls. 298/310-STJ).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.329.069 - SP (2012/0123889-1)

RELATOR: MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)



RECORRENTE: LEONARDO FABRÍCIO DOS SANTOS

ADVOGADO: FABRÍCIO FERES FURLAN - DEFENSOR PÚBLICO E
OUTROS

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. REGIME INICIAL PARA CUMPRIMENTO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. USO ARMA DE FOGO. CONCURSO DE AGENTES. "Impossibilidade de fixação do regime intermediário para início de desconto da pena se a opção pelo regime fechado não se deu com base na gravidade abstrata do delito, mas, ao contrário, com fulcro nas especificidades da causa que, por sua vez, exigem maior rigor no apenamento, bem como na mecânica delitiva do crime, notadamente diante do emprego de arma de fogo para o cometimento da infração, circunstância que evidencia a acentuada periculosidade do paciente" (HC 206.767/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 22/09/2011).

Nego provimento ao recurso especial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento.

Os Srs. Ministros Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -
RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

56 de 62

Ausente, justificadamente, a Sra. ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 20 de junho de 2013 (Data do Julgamento)

Ministro Campos Marques

(Desembargador Convocado do TJ/PR)

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.329.069 - SP (2012/0123889-1)

RELATOR: MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)

RECORRENTE: LEONARDO FABRÍCIO DOS SANTOS

ADVOGADO: FABRÍCIO FERES FURLAN - DEFENSOR PÚBLICO E OUTROS

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)(Relator):

Consta dos autos que o acusado, em concurso com o menor T. F. P., adentrou na bilheteria da estação Vergueiro, da Companhia do Metropolitano de São Paulo e, mediante grave ameaça, exercida com o emprego de arma de fogo, rendeu os agentes de segurança que ali se encontravam e subtraiu uma certa quantia em dinheiro e bilhetes, os quais totalizaram R\$ 792,10 (setecentos e noventa e dois reais e dez centavos).

O Tribunal a quo ao analisar a conduta, entendeu que o regime fechado seria o mais apropriado, por ser o "único consonante com a finalidade de prevenção e repressão a temido autor de assalto praticado em comparsaria e com emprego de arma de fogo".

Esta argumentação, portanto, está baseada na gravidade concreta do fato, pois, como visto, referiu-se ao concurso de agentes e o emprego de arma de



fogo, circunstâncias que evidenciam a periculosidade do sentenciado, além de trazer maior risco à integridade física da vítima.

É o que vem decidindo a 5ª Turma, ainda que por maioria, como ocorreu, por exemplo, quando do julgamento do REsp no 1.328.891-SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, em que se consignou que "a escolha do regime inicial de cumprimento de pena não está atrelada, de modo absoluto e exclusivo, ao quantum da pena privativa de liberdade aplicada ao acusado, devendo o magistrado considerar as demais circunstâncias do caso em concreto, sob pena de igualar nas consequências, condutas de diferenciado grau de intimidação, risco ao bem jurídico tutelado, com ofensa direta ao princípio da individualização da pena e reflexa ao princípio da isonomia, tratando-se de forma igual condutas distintas, fixando-se a mesma resposta penal para o agente que pratica o roubo com arma imprópria e aquele que emprega revólver, fuzil ou granada" .

Confira-se, ainda, o seguinte precedente:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. CONCURSO DE AGENTES. DELITO PRATICADO CONTRA PESSOA IDOSA COM EMPREGO DE ARMA. REGIME INICIAL MAIS SEVERO. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Não se discute que os precedentes deste Tribunal são no sentido de que não é cabível infligir regime prisional mais rigoroso apenas com base na gravidade genérica do delito, por força do disposto na Súmula 718 do Supremo Tribunal Federal.
2. Contudo, o crime de roubo praticado mediante grave ameaça ou violência contra pessoa idosa, com uso de arma e concurso de pessoas, intensifica concretamente a gravidade do delito e aponta insensibilidade e excessiva periculosidade dos agentes, justificando a imposição de regime inicial de cumprimento da reprimenda mais severo, com base no art. 59, inc. III, do Código Penal, até para atender a finalidade da pena aplicada, mesmo que a reprimenda tenha sido fixada no mínimo legal.
3. Ordem denegada." (HC39522/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 08/03/2005, DJ 18/04/2005)



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -

RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

58 de 62

O Supremo Tribunal Federal, na mesma linha de entendimento, já registrou que "a periculosidade do agente, revelada pela prática do crime de roubo qualificado pelo uso de arma e concurso de pessoas, pode constituir motivação bastante para fixação de regime inicial fechado" (HC 75.663/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ 27/4/2001).

Ante o exposto, com base no art. 557, caput, do CPC, nego provimento ao recurso especial." [g.n.]

5. DA DEMONSTRAÇÃO ANALÍTICA

É perfeita a identidade entre a situação objetivada nos autos e aquela apreciada no aresto indicado como paradigma do dissídio.

Para o v. acórdão recorrido o **regime inicial fechado** não se justifica (fls. 370):

"O Representante do Ministério Público requer a imposição do regime fechado, e a r. Defesa requer o regime aberto. Entretanto, o regime inicial de cumprimento de pena da Apelante/apelada deve ser mantido no semiaberto.

Isto porque, a gravidade do delito, por si só, não é suficiente para justificar a imposição do regime fechado, sendo vedada a utilização de critérios puramente discricionários para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, em atenção aos ditames legais.

Nesse sentido, as Súmulas nº 718 e 719, do Supremo Tribunal Federal, respectivamente:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -
RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

59 de 62

“A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”.

“A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.”

Trata-se de ré primária, não havendo motivo para fixação do regime mais grave.

Ademais, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea *b*, do Código Penal, é possível a fixação do regime semiaberto em relação ao caso em tela. A respeito do assunto, pertinente colacionar o seguinte julgado do Pretório Excelso:

(...)

Verifica-se, portanto, que a Sentenciada preenche os requisitos objetivos e subjetivos elencados em lei, fazendo *jus* ao regime semiaberto.

Dessa forma, mostra-se demasiadamente rigorosa a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena, assim como demasiadamente branda a fixação de eventual regime aberto, em desconformidade com o artigo 33, do Código Penal.

Destaque-se, por oportuno, que ao ser fixada a pena-base em seu mínimo legal e reconhecidas favoráveis as circunstâncias judiciais ao acusado, é incabível a imposição de regime prisional mais gravoso, conforme já pacificado o tema pela edição da Súmula nº 440, do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe:

“Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito”. [g.n.]



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -
RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

60 de 62

Enquanto para o r. julgado paradigma do Superior Tribunal de
Justiça:

“O Tribunal a quo ao analisar a conduta, entendeu que o regime fechado seria o mais apropriado, por ser o "único consonante com a finalidade de prevenção e repressão a temido autor de assalto praticado em comparsaria e com emprego de arma de fogo".

Esta argumentação, portanto, está baseada na gravidade concreta do fato, pois, como visto, referiu-se ao concurso de agentes e o emprego de arma de fogo, circunstâncias que evidenciam a periculosidade do sentenciado, além de trazer maior risco à integridade física da vítima.

É o que vem decidindo a 5ª. Turma, ainda que por maioria."

Em síntese, enquanto a r. **decisão recorrida** entende que, a despeito de o roubo haver sido praticado com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes, o fato de a pena-base haver sido imposta no mínimo legal e o montante da pena somente autorizam a fixação do regime intermediário, para o v. **acórdão trazido à colação "o regime fechado seria o mais apropriado, por ser o "único consonante com a finalidade de prevenção e repressão a temido autor de assalto praticado em comparsaria e com emprego de arma de fogo". Esta argumentação, portanto, está baseada na gravidade concreta do fato, pois, como visto, referiu-se ao concurso de agentes e o emprego de arma de fogo, circunstâncias que evidenciam a periculosidade do sentenciado, além de trazer maior risco à integridade física da vítima."**

Considerando o concurso de agentes como circunstância judicial desfavorável, impende o estabelecimento do regime inicial fechado, com fundamento no artigo 33, § 3º, c.c. o artigo 59, ambos do Código Penal, máxime



em sede de roubo perpetrado com emprego de arma **de fogo**, em que a gravidade em concreto se evidenciada pela elevada lesividade da espécie de arma empregada para a consecução do crime.

Por seu acerto, deve prevalecer nestes autos a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.

6. DO PEDIDO

Ante o exposto, demonstrada fundamentadamente a contrariedade à lei federal quanto ao temas destacado, o Ministério Público do Estado de São Paulo aguarda seja **deferido o processamento** do presente **RECURSO ESPECIAL**, a fim de que, submetido à elevada apreciação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, mereça **CONHECIMENTO** e **PROVIMENTO**, para a parcial cassação do v. acórdão da Corte Paulista, a fim de que o concurso de agentes seja reconhecido como circunstância judicial desfavorável, sem reflexo na pena (em razão da menoridade relativa da Recorrida), estipulando-se, contudo, o **regime inicial fechado** para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

São Paulo, 26 de outubro de 2020.

LUIS FERNANDO DE MORAES MANZANO



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

- SETOR DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS CRIMINAIS -

RUA RIACHUELO, 115, 9º ANDAR, SALA 906 - SÃO PAULO-SP - CEP 01007-904
TEL. (11) 3119-9689 - FAX: (11) 3119-9677 - E-MAIL: recursospecial@mpsp.mp.br

62 de 62

Promotor de Justiça designado