



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 – email: recursospecial@mpsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

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 549

REGIME PRISIONAL - CRIME DE TORTURA PRATICADO CONTRA ADOLESCENTE – EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAFORÁVEIS – PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL –

REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE DIVERSO DO ABERTO – POSSIBILIDADE.

Se a pena-base aplicada ao condenado por crime de tortura praticado contra adolescente foi fixada acima do mínimo legal em razão de circunstâncias judiciais desfavoráveis, é desproporcional, em face da gravidade concreta da conduta, o início do cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto.


João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursospecial@mpsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

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

Processo nº 0017657-09.2017.8.26.0050

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, nos autos do Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050, em que figuram como apelantes/apelados **FREDSON BEZERRA COSTA e ANDERSON BEZERRA COSTA**, vem perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, art. 255, § 1º, do RISTJ e art. 1.029 do Código de Processo Civil, interpor **RECURSO ESPECIAL** para o Colendo **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**, pelos motivos adiante aduzidos:

1 – RESUMO DOS AUTOS


João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursospecial@mpsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

FREDSON BEZERRA COSTA e ANDERSON BEZERRA foram condenados em primeira instância¹ a 3 (três) anos, 4 (quatro) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão em regime inicial aberto e pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, pelo cometimento de dois crimes previstos no artigo 1º, inciso I, alínea “a,” e §4º, inciso II, da Lei nº 9.455/97 na forma do artigo 70 do Código Penal².

Inconformados, os réus apelaram solicitando absolvição por falta de provas de que praticaram os crimes que lhe foram imputados ou em razão de atipicidade da conduta³.

O Ministério Público também apelou, requerendo a fixação de regime fechado para início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

Após as contrarrazões⁴, sobreveio parecer da Procuradoria de Justiça Criminal pelo desprovimento do recurso da defesa e provimento do recurso do Ministério Público⁵.

Porém a 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, manteve a condenação dos réus pelo crime de tortura contra adolescentes, porém, dando parcial provimento ao recurso da defesa, afastou a pena pecuniária, e negou provimento ao recurso do Ministério Público.

Segundo o v. acórdão:

¹ Fls. 228/241

² Dois crimes de tortura para obter confissão, praticados contra adolescentes em concurso formal.

³ Fls. 334/363

⁴ Fls. 300/330; 367/384

⁵ Fls. 391/393


João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursospecial@mpsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

“De fato, não se ignora o teor do § 7º do artigo 1º da Lei nº 9.455/97, que determina que o condenado pelo crime de que trata a lei, exceto no caso do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado; nem mesmo o entendimento do Pretório Excelso acerca da possibilidade da fixação do regime inicial fechado para o crime de tortura (HC 123316/SE, Rel. Min. Marco Aurélio, 909.06/2015). No entanto, tendo conta as nuances próprias do crime aqui apurado, bem como pelo fato de que os acusados são primários e não ostentam qualquer outra prática delituosa em suas folhas de antecedentes (certidões de distribuições criminais às folhas 105 e 106), forçoso concluir que o regime inicial fechado seria desproporcional e desarrazoado ainda que consideradas as circunstâncias judiciais desfavoráveis - devendo ser mantido o regime fixado em primeiro grau, diante, inclusive, da disposição constante do artigo 33, § 2º, alínea “c”, do Código Penal.”.

Houve embargos de declaração⁶ para que a Colenda Câmara, expressamente, apresentasse os motivos pelos quais concedeu aos condenados o direito de iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicial **aberto** se as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal lhes **são desfavoráveis**, tanto que a pena-base a eles imposta foi fixada acima do mínimo legal e diante da gravidade inerente ao delito praticado, tudo à luz do § 3º do art. 33 do Código Penal e da **Jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça.**

⁶ Fls. 1/13 do apenso digital


João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursospecial@mpsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

Os embargos foram rejeitados com os costumeiros jargões, apesar da Colenda Câmara efetivamente elucidar a questão, suprimindo a omissão apontada, ao declarar que:

De fato, respeitado o entendimento da Procuradoria-Geral de Justiça, entendo que os sentenciados não devem iniciar o cumprimento de sua reprimenda no retiro pleno, destinado a condenados que efetivamente possam causar desassossego à sociedade, vislumbrando a prática de crimes violentos, ainda que no caso concreto um dos vetores das circunstâncias judiciais (consequência do crime derivada da culpabilidade mais acentuada dos réus) lhes tenha sido considerado desfavorável.

Para ilustração, seguem adiante as imagens do v. acórdão (fls. 395/409) e da decisão que rejeitou os embargos de declaração (fls. 31/37 do apenso eletrônico):


João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursospecial@mpsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

ACÓRDÃO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000062513

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0017657-09.2017.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados FREDSON BEZERRA COSTA e ANDERSON BEZERRA COSTA, 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: **NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO e, lado outro, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA DEFESA para excluir da condenação a pena de multa, não prevista no preceito secundário da norma penal incriminadora contida no artigo 1º, inciso I, alínea “a”, combinado com o § 4, inciso II, todos da Lei nº 9.455/97, no mais se mantendo, nos termos em que proferida, a respeitável sentença impugnada. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente sem voto), VICO MAÑAS E JOÃO MORENGHI.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2021.

HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA

Relator

Assinatura Eletrônica


João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursospecial@mpsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

Apelação Criminal nº 0017657-09.2017.8.26.0050

Apelante: FREDSON BEZERRA COSTA e outro
Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo
Comarca: São Paulo
Nome do (a) Juiz (a) prolator(a) da sentença: Juliana Guelfi

Voto nº 2.023

Apelação criminal – Tortura (artigo 1º, inciso I, alínea “a,” e §4º, II, da Lei nº 9.455/97) – Prática do crime visando obter a confissão/declaração das vítimas acerca de suposto furto em comércio – Conjunto probatório satisfatório – Versão exculpatória dos acusados sem respaldo no conjunto probatório, sendo cabalmente infirmada pelo relato firme e coeso das vítimas – Dosimetria da pena escorreita, exceto quanto à imposição de pena de multa, não prevista no tipo penal – Recurso da acusação visando a fixação do regime inicial fechado – Em que pese a determinação legal, o regime inicial fechado é deveras excessivo no caso concreto, tendo em vista as circunstâncias do crime e baixa periculosidade dos acusados – RECURSO DA ACUSAÇÃO IMPROVIDO, SENDO PARCIALMENTE PROVIDO O DA DEFESA.

Através da respeitável sentença de folhas 228/241, **FREDSON BEZERRA COSTA** e **ANDERSON BEZERRA DA COSTA**, qualificado nos autos, foram condenados a cumprir, cada qual, pena de 3 (três) anos, 4 (quatro) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, em regime inicial aberto, bem como ao pagamento de 16 (dezesesseis) dias multa, unidade no piso, pela prática do crime previsto no artigo 1º, inciso I, alínea “a,” e §4º, II, da Lei nº 9.455/97, por duas vezes e na forma do artigo 70 do Código Penal, sendo-lhes concedido o direito de recorrerem em liberdade.

Inconformados, o *Parquet* e a defesa recorreram (folhas 245 e 249/250, respectivamente) com razões recursais às folhas 281/291 (acusação) e 334/363 (defesa). O Ministério Público objetiva a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento das reprimendas. Já a defesa técnica dos acusados almeja a absolvição por insuficiência probatória ou mesmo pela atipicidade das condutas. Para tanto, sustentam que as vítimas mentem ao afirmar que foram



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 – email: recursospecial@mpsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

agredidas e submetidas à tortura, alegando que elas teriam interesse na condenação dos acusados, visando obter alguma forma de indenização do proprietário da loja de roupas em que ocorreram os fatos. Em adição, argumenta no sentido que as declarações das vítimas foram contraditórias; e que as testemunhas de defesa corroboraram a negativa de autoria dada pelos acusados, que afirmaram não ter agredido as vítimas com *tapas* no rosto delas, ou mesmo tê-las trancado no banheiro da loja. Sob outro aspecto, salienta a inexistência da materialidade do delito (...os *laudos de lesões corporais de fls. 23/24 atestam a existência de lesão de natureza leve, não corroboram aos atos graves e inverídicos, descritos pelas vítimas.*). Por fim, aduz que não houve tortura, sendo atípica a conduta dos acusados pela ausência do elemento subjetivo *específico, consistente em causar intenso sofrimento físico e mental mediante emprego de violência ou grave ameaça, mas exige o dolo específico de obter declaração, confissão, informação, provocar ação, omissão criminosa ou como forma de castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.* De forma subsidiária, colima pela reclassificação da conduta para os crimes de lesão corporal leve ou constrangimento ilegal, concedendo-lhes o direito de apelar em liberdade.

Oferecidas as contrarrazões pela defesa e pelo Ministério Público (folhas 300/330 e 367/384, respectivamente), a d. Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento do recurso das defesas e acatamento do pleito ministerial (folhas 390/393).

É o relatório.

O recurso da defesa merece ser parcialmente acolhido; enquanto o da acusação deve ser improvido.

Consta da denúncia e de seu aditamento (folhas 2/6 e 100) que na data de 13 de dezembro de 2016, por volta das 16h00min, na dependências do estabelecimento comercial denominado “*Delícia Jeans*”, FREDSON BEZERRA COSTA e ANDERSON BEZERRA DA COSTA, agindo em concurso e unidade de desígnios, *constrangeram duas adolescentes com emprego de violência e graves ameaças, causando-lhes sofrimento físico e mental, com o fim de obterem declarações e confissões delas vítimas.*



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 – email: recursospecial@mmsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

Segundo restou apurado, e constou da inicial acusatória: “(...) os irmãos ANDERSON e FREDSON laboravam à época dos fatos como seguranças da referida loja de roupas femininas chamada “Delícia Jeans”, contexto em que as então adolescentes protegidas “... nos termos do Provimento CG nº 32/2000” (fls. 03; sic) doravante aqui identificadas apenas como R. e J., lá compareceram na ocasião acima indicada visando olharem “... alguns jeans” (fls. 58; sic). Ocorre que após decidirem nada comprar, e daí já quando deixavam a loja sem nada levar, um deles acusados [FREDSON] desconfiou que R. e J. estivessem tentando furtar roupas expostas à venda, motivo pelo qual as obrigou, antes de que efetivamente saíssem, “... que subissem as escadas da loja sem chamar a atenção” (fls. 58; sic) em direção a um banheiro lá existente, já onde agora ambos as trancaram e agrediram com tapas na cara, bem como se apoderaram dos telefones celulares a elas pertencentes. Porém como ANDERSON e FREDSON daí constataram que na verdade não havia qualquer produto criminoso na posse das adolescentes, ato contínuo exigiram delas que lhes informassem as senhas relativas aos tais telefones celulares a ela pertencentes, para daí passarem a “... vasculhar seu conteúdo” (fls. 58; sic) e assim lograrem acesso aos “... contatos salvos no aplicativo WhatsApp” (fls. 58; sic) de uma delas. Assim obtidos por eles tais telefones e contatos, prosseguindo, em seguida ANDERSON e FREDSON obrigaram-nas R. e J. a retornarem ao andar inferior, para daí as constrangerem agora a simularem ação de suposta subtração por elas de roupas lá expostas à venda, o que foi simultaneamente filmado por eles acusados com um dos tais telefones celulares delas próprias vítimas. Ou seja, ANDERSON e FREDSON assim as obrigaram R. e J. a “... colocarem algumas peças de roupas em suas bolsas” (fls. 58; sic) como se estivessem a praticar um furto, para em seguida tal devolverem como se tivessem sido flagradas em plena ação de subtração, tudo sob ameaças de que fizessem “... direitinho o que lhes eram determinados, caso contrário, apanhariam de novo” (fls. 58; sic). E assim já filmada tal simulação de ação de subtração por suposto perpetrada pelas adolescentes R. e J., ademais, ANDERSON e FREDSON por fim divulgaram referido filme junto aos “... contatos salvos no aplicativo WhatsApp” (fls. 58; sic) de uma delas, isso com simultânea informação de que tratar-se-ia realmente de um furto por elas cometido em uma loja de roupas do Bairro Brás (v. 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 – email: recursospecial@mpsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

“relatório de investigação” acostado a fls. 19/28). Bem por isso, então, consta ainda que rapidamente “... tal conteúdo se espalhou para outras mídias sociais como: Facebook e YouTube” (fls. 58; sic), tudo a resultar em evidentes dissabores a elas vítimas R. e J. Mas bem a evidenciar que na verdade R. e J. não tinham mesmo não cometido algum ato ilícito, ANDERSON e FREDSON por fim as liberaram sem qualquer outra providência para que fossem embora, de modo que ainda que também ameaçadas por eles a não fazê-lo, já em 15 de dezembro de 2018 (ou seja, dois dias depois), e já na companhia de seus responsáveis legais e do “... advogado, Dr. Márcio Maciel Moreno, OAB/SP 214.214” (fls. 04; sic), elas se dirigiram ao 12º DP desta Capital e noticiaram as torturas a que foram assim submetidas pelos acusados, a ensejar a presente acusação. E, diga-se ainda, por fim, que uma delas vítimas inclusive acabou por sofrer lesões corporais de natureza leve consistentes em “... edema localizado na região malar direita” (fls. 15, vº; sic), em razão das tais torturas lhe impingidas pelos acusados, como se vê do laudo IML acostado a fls. 15.”.

A materialidade do delito está comprovada pelo boletim de ocorrência (folhas 10/14), Relatório de Investigação e transcrição do conteúdo do vídeo arquivado em *pendrive* (folhas 28/37), laudo de lesão corporal de natureza leve (folhas 23/24) e pela prova oral colhida nos autos.

A autoria também é certa, pelos motivos expostos a seguir.

Inicialmente, cumpre esclarecer que carece de interesse recursal o pedido de concessão do direito de apelar em liberdade, porquanto tal direito já lhes foi facultado por meio da respeitável sentença ora impugnada (folha 241).

Interrogados na delegacia de polícia (folhas 50/52), ANDERSON e FREDSON negaram as imputações, mas confessaram ter exigido das vítimas que simulassem a suposta subtração das vestimentas (dois *shorts*, cada um avaliado em R\$ 45,00) para que eles pudessem filmar com o telefone celular de uma das vítimas, segundo eles, para que elas mostrassem às suas mães. Por fim, alegaram que não divulgaram as imagens, nas as trancaram no banheiro e não as agrediram ou ameaçaram. Em juízo (SAJ), voltaram a negar a imputação. ANDERSON alegou



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 – email: recursospecial@mpsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

que: “(...) No dia dos fatos, passou na loja e seu irmão o avisou do furto praticado pelas meninas. Indagou as ofendidas dizendo que “tão novas, mas roubando”. Pediu o celular da vítima e fez a “besteira de gravar o vídeo”. Durante o vídeo, havia duas funcionárias e loja estava fechada. Pediu o celular da ofendida, que não quis dar, mas ele pegou mesmo assim. Pediu a senha do celular dela, que também não deu, porém mesmo assim conseguiu destravar a câmera. Pediu para ela fazer a filmagem, mas ela não quis fazer. Depois pediu de novo e elas acabaram fazendo o vídeo. Não se recorda muito, mas acha que foi o interrogando que mandou as meninas se beijarem. Não deu tapa no rosto de nenhuma delas. Quanto à música funk que consta no vídeo, disse que “pode ser de alguma outra loja da rua”. “Acha que as meninas querem dinheiro”. Explicou que fecha a loja onde é gerente e caminha por cerca de 35 minutos até chegar na loja onde se deram os fatos. Quando chegou ao local dos fatos, as meninas ficaram ali por mais cerca de 15 minutos.” (folhas 231/232).

Já o acusado FREDSON disse em juízo que: “(...) No dia dos fatos, avistou as meninas “rodeando” a loja e viu uma das meninas colocando as peças da loja na bolsa. Chamou-as para o fundo da loja, ao lado dos caixas, e pediu para que elas retirassem as peças subtraídas, isto é, três peças de roupas. Recorda-se de que elas ficaram bravas e “vieram para cima dele”. Seu irmão Anderson foi até a loja para irem embora juntos, como costumeiramente faziam. Quando Anderson chegou, explicou o que estava acontecendo acerca do furto e “foi fazer a filmagem”, que foi “algo idiota” e sabia que “não tinha necessidade disso”. Confirma que “pediu para elas simularem o furto e na filmagem mandou elas se beijarem.” O réu Anderson filmou o vídeo e devolveu o celular para a menina mostrar para sua mãe, como forma de retaliação. Não pegou o chip do celular “porque de nada ia lhe servir”. Não subiu com as meninas no andar superior da loja. O costume da loja quando observa um furtador é tentar inibir a conduta, tirar as peças subtraídas e liberar a pessoa. Não ameaçou as vítimas quando elas foram soltas. Durante as filmagens, as funcionárias da loja estavam trabalhando e a loja já estava fechada. Fez o vídeo com o celular da própria ofendida. Nega ter agredido as meninas e disse que “elas estão querendo dinheiro da loja” (folha 232).



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 – email: recursoespecial@mpsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

As versões exculpatórias dos acusados foram cabalmente infirmadas pelo relato firme e coeso das vítimas, que descreveram a dinâmica dos fatos tal como postos na denúncia, não sendo crível que se submetessem ao constrangimento de simularem a prática de um furto – que sequer admitiram ter praticado - senão estivessem sendo agredidas e ameaçadas pelos acusados. De resto, as agressões foram confirmadas pelo laudo de lesão corporal em uma delas, cujas lesões são compatíveis com as agressões por elas relatadas.

Ademais, ao contrário do sustentado pela defesa, a autoria do crime está mais do que caracterizada, tendo os próprios acusados se encarregado de filmar o constrangimento a que foram submetidas as vítimas por meio de agressões e ameaças, tudo na intenção de obter delas a confissão de que teriam praticado o furto.

De fato, as vítimas protegidas *R* e *J*, ouvidas na delegacia de polícia (folhas 72 e 73/74), narraram a dinâmica dos fatos de forma uníssona, mencionando que o acusados as acusaram de ter praticado o furto e, na sequência, as levaram para o piso superior da loja, onde foram agredidas com tapas no rosto e trancadas no banheiro. Em seguida, foram obrigadas pelos acusados a encenarem o furto que teriam praticado, sob a ameaça de serem novamente agredidas. Em juízo (SAJ), as vítimas confirmaram suas narrativas, acrescentando *R* que: *“(...) tinha 16 anos à época dos fatos. Contou que estava procurando um shorts, porém como a loja não tinha provador, largou a peça e foi embora. Na saída, foi abordada pelo segurança Fredson que a chamou para cima do estabelecimento, onde era um depósito. Assim que subiram, o réu Fredson deu um tapa no rosto de sua amiga e a depoente foi defendê-la, momento em que o réu a agrediu também, dando-lhe um tapa no rosto. O réu, então, tirou fotos delas e disse que chamaria o “capitão”, referindo-se ao réu Anderson. O acusado Fredson, ainda, mandou que elas sentassem e como a depoente se recusou a sentar, novamente a agrediu com um tapa. O acusado ordenou que elas desbloqueassem o celular e trancou cada uma em um banheiro, ambas sem o aparelho de telefone celular. Depois de trinta minutos, colocou as duas no mesmo banheiro. Depois, chegou o réu Anderson. O réu Anderson começou a ameaçar dizendo que “ia cortar seus cabelos”. O acusado Anderson as fez simularem vídeo onde elas aparecem furtando a loja. “Ele ainda disse que se elas*



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 – email: recursospecial@mpsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

não fizessem direito, iam bater novamente nelas”. Estava apenas com sua bolsa e os réus a revistaram, jogando tudo no chão. Permaneceu com os acusados em torno de uma hora. Os réus as acusavam de terem subtraído peças da loja. No vídeo, elas tinham que simular que estavam praticando furto de peças. Os réus, então, espalharam esse vídeo nas redes sociais. Havia duas funcionárias da loja que presenciaram os acusados filmando o tal vídeo. As moças riam e diziam que “merece mesmo apanhar”. Estava assustada e chorando. Sua amiga ficou com uma marca no rosto em razão da agressão. Antes de as liberarem, os réus pegaram o chip do seu celular e a fizeram anotar o nome e telefone delas. Antes de saírem, os réus as ameaçaram caso contassem algo para alguém. O pai de sua amiga, no entanto, pegou o vídeo e ficou sabendo dos fatos. O réu Anderson, que chegou depois, falava que era policial e mostrou um “documento” de policial. Desde o ocorrido, muitas pessoas que viram o vídeo fazem brincadeiras e comentários maldosos a seu respeito. Às perguntas da defesa, disse que chegou por volta das 15 horas e ficou na loja por cerca de meia hora. A loja estava cheia. Assim que subiu, o réu Fredson revirou sua bolsa. Quando foi solta do banheiro, a loja já estava fechada, porém havia duas funcionárias na loja. O réu Fredson lhe desferiu dois tapas e o réu Anderson bateu na sua amiga. Não cometeu o furto.” (folhas 232/233).

Por sua vez, a vítima J declarou que: “(...) tinha 16 anos quando dos fatos. Relatou que tinha ido à loja e, por não ter provador, deixou a cesta com as peças de roupa e estava saindo o réu Fredson pediu para subirem e “não chamar a atenção”. Já nesse lugar, o réu lhe bateu com um tapa no rosto e disse que era policial e pegou seu celular, tirando uma foto dela e de sua amiga. O réu disse que chamar o “capitão”, dizendo que “ia jogá-las no rio ou ia matá-la”. O réu Fredson as mandou entrarem no banheiro e depois as duas ficaram no mesmo banheiro. O réu Fredson pegou seu celular, antes de trancá-las no banheiro. Quando o corréu Anderson chegou, destrancou sua amiga do banheiro, perguntou se Fredson tinha batido nela, ao que respondeu que sim, momento em que ele lhe deu mais um tapa. E fez o mesmo com a depoente, desferindo-lhe um tapa no rosto. “Foi um tapa forte” e ficou até roxo. Depois, o réu Fredson revistou sua bolsa, jogando tudo no chão. Foram para o andar de baixo na loja, momento em que ele ordenou que as ofendidas fizessem um vídeo como se estivessem furtando. Os réus mandaram para todos os



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 – email: recursospecial@mbsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

seus contatos no whatsapp. Os acusados ficaram com o seu chip e ameaçou quando as dispensou para que elas não contassem nada para ninguém. Havia duas funcionárias na loja que “não fizeram nada e começaram a xingar as depoentes de vagabunda”. No momento em que gravaram o vídeo, a loja estava fechada, porém as duas funcionárias presenciaram a gravação. Os réus, ainda, mandaram as ofendidas se beijarem, mas elas se recusaram. Contou para seu pai dias depois. Ficou receosa de contar antes. Esse vídeo foi colocado em redes sociais e há comentários depreciativos até o dia de hoje. Adentrou na loja por volta das 13 horas e cerca de mais hora depois é que foram abordadas. Havia clientes na loja quando da abordagem. Tanto o réu Fredson como o réu Anderson desferiram um tapa cada um. O acusado Fredson tirou uma foto da depoente e de sua amiga dizendo que mandariam em um grupo. Não cometeu o furto.” (folhas 233/234).

Importante destacar que a vã tentativa da defesa em desqualificar o relato das vítimas, afirmando que elas teriam a intenção de prejudicar os acusados, já que *acostumadas a manusear histórias guiando-se unicamente pelos seus objetivos delinquentiais, a fim de se protegerem da atuação da lei e dos seus pais, ou seja, são pessoas cuja 'mentira é, muita vez, tão involuntária como a transpiração.'*, não tem o menor respaldo no conjunto probatório, não podendo sequer ser considerada, já que a defesa não trouxe qualquer indicativo de que as adolescentes saíram de suas residências na intenção de prejudicar alguém que sequer conheciam.

Dito de outra forma, a defesa quer inverter o contexto fático, tornando as vítimas algozes dos seguranças, algo impensável diante das circunstâncias e da fragilidade das adolescentes.

De outra parte, o relato das ofendidas foi corroborado pelas declarações das genitoras delas, que narraram em juízo (SAJ) a forma como descobriram que as adolescentes haviam sido mantidas no interior da loja e submetidas às agressões e tortura, mencionando a testemunha Aline, mãe de R, que: *“(…) soube dos fatos por terceiros, que teriam recebido o vídeo. Conversou com sua filha, que narrou o ocorrido e “foi direto para a delegacia”. Sua filha estava muito nervosa e negou ter subtraído qualquer peça de roupa. O vídeo “causou muito trabalho” e ela teve que trocar de quatro escolas, eis que sua filha sempre foi*

Apelação Criminal nº 0017657-09.2017.8.26.0050 -Voto nº 2.023

9

João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursospecial@mpsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

'zoada' e alvo de comentários. Quase teve de trocar de casa, mas os vizinhos fizeram muitos comentários. "Agora passou". Segundo sua filha, a vítima Jenifer foi a mais agredida. Sua filha não contou que foi agredida com tapas no rosto." (folha 234).

Por seu turno, a genitora de J, a testemunha Silene, disse que: "(...) *Conversou com sua filha, que relatou "ter sido feita refém" e que não contou antes porque ela tinha sido ameaçada. Segundo soube, as ofendidas ficaram presas dentro do banheiro e depois as fizeram fazer um vídeo como se estivessem furtando. Sua filha ainda estava com o rosto machucado. Segundo soube, tanto sua filha como Rafaela foram agredidas com tapas. O vídeo "causou bastante coisa" porque foi "jogado em redes sociais" e muitos conhecidos querem saber o que está acontecendo. O "povo da rua estava a chamando de ladra", tanto que ela não queria mais ir para a escola e precisou tirá-la da escola. Segundo sua filha, os réus mandaram os demais clientes saírem da loja para fazer o vídeo. No dia dos fatos, deixou as meninas no bairro do Pari, depois do almoço. Sua filha cegou em casa por volta das 16:30 horas.*" (folha 234).

Em pesem eventuais divergências nos relatos quanto a horários, ou mesmo quanto à dinâmica das agressões, vale consignar que as declarações das vítimas e das testemunhas convergem naquilo que é essencial, ou seja, as adolescentes foram mantidas no interior do estabelecimento comercial e foram agredidas, sendo obrigadas a encenarem o suposto furto pelos acusados, que tiveram a nítida intenção de obter delas a confissão da prática de um furto de mercadorias, além de constrangê-las e humilhá-las.

Tal contexto foi reafirmado pelo policial civil Fernando de Araujo Vendramini, responsável pela degravação das imagens captadas pelos acusados e pela confecção do relatório de folhas 28/37, que comprovou o dolo dos acusados, a título de exemplo, as seguintes frases: "(...) *Olha aí! Tavam roubando as duas. Roubando aqui ó, na loja aqui no Brás. (...) Psiu. Psiu. Senão apanha. Pra todo mundo ver. É melhor fazer direitinho. (...) Rouba! Como foi que tu fez. Pode roubar e deixar a roupa no mesmo canto, que nem vocês fizeram. Logo! Que não pode demorar demais não. Adianta o roubo? (...) Agora olha as duas para cá. Pede desculpa pra todo mundo pelo roubo.*" Em juízo, o policial ainda mencionou que:

Apelação Criminal nº 0017657-09.2017.8.26.0050 -Voto nº 2.023

10

João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursospecial@mpsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

“(…) Recorda-se de que havia uma música feita com o fato e imagem das meninas dentro da loja. As meninas estavam “acuadas” dentro da loja e recorda-se de uma música funk parodiando as meninas furtando. No vídeo havia voz de homens ao fundo do vídeo.” (folha 234).

De outra parte, as testemunhas de defesa Luzia Girleide e Carlacy Gomes de Oliveira, ouvidas em juízo (SAJ), confirmaram que estavam presentes na loja na data dos fatos, tendo presenciado os acusados filmando as adolescente enquanto estas encenavam o suposto furto. Ambas negaram ter presenciado as agressões, afirmando que as adolescentes não foram levadas para o piso superior da loja.

No entanto, tais relatos não são suficientes para eximir os acusados de suas responsabilidades criminais, ainda mais quando consideramos que ambas são empregadas do mesmo estabelecimento comercial.

Portanto, diante da contundência do relato das vítimas e da robustez do conjunto probatório, a condenação dos acusados pelo crime de tortura era mesmo de rigor, não vingando as teses trazidas pela defesa, que não foram capazes de abalar o convencimento deste relator quanto à prática da conduta criminosa pelos acusados; bem como quanto à caracterização do crime de tortura-confissão, tendo como vítimas duas adolescentes, que se viram obrigadas a encenar a suposta confissão de um furto.

Nesse sentido, vale colacionar importante correlação feita pela MM. Juíza sentenciante:

“As vítimas descreveram em detalhes que foram obrigadas a subirem ao andar superior da loja, onde ali foram agredidas com tapas no rosto por ambos os acusados, primeiro pelo acusado Fredson e, posteriormente, pelo acusado Anderson. As meninas descreveram, inclusive, que ficaram presas nos banheiros do andar superior da loja e, portanto, elas não teriam nem como saber da existência de tais banheiros naquele andar se não tivessem estado ali, como efetivamente descreveram. Não enfraquece a versão das ofendidas a alegação de que os banheiros ficam ali disponíveis para os clientes, sobretudo porque, segundo alega a defesa, as meninas não estavam ali como clientes, “mas tentando furtar as peças” de forma que para elas, portanto, o banheiro não estaria, de todo modo, acessível. O depoimento das

Apelação Criminal nº 0017657-09.2017.8.26.0050 -Voto nº 2.023

11

João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursospecial@mbsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

funcionárias da loja - Luzia e Carlacy - serve apenas para corroborar a existência do vídeo que as ofendidas foram obrigadas a fazer, simulando que estavam furtando. Aliás, é no mínimo vergonhoso que quatro pessoas tenham se reunido em detrimento de duas adolescentes que, subjugadas e “presas” dentro de uma loja fechada, foram obrigadas a fazer as filmagens. As vítimas relataram que as funcionárias, inclusive, riam delas e as xingavam, dizendo que “tinha que filmar mesmo” (vide transcrição do vídeo a fls. 36 que descreve participação das funcionárias). O comportamento já bastante reprovável das testemunhas presenciais, neste caso, foi somado a pitadas de mau gosto por parte dos acusados, que mandavam as meninas “se beijarem”. (transcrição a fls. 35/37). Por evidente que as mesmas testemunhas presenciais não viram o momento em que os réus levaram as meninas para o andar superior da loja, o que também não desmerece a versão das adolescentes. Isto porque, as funcionárias falaram em seus depoimentos que estavam no caixa, que fica no fundo da loja e que “esta questão de segurança não era com elas”. Ainda que as ofendidas estivessem furtando, o procedimento de inibir a conduta delitativa, como todos ali expuseram, excedeu, e muito, o que seria o padrão. As testemunhas e mesmo os acusados explicaram que o procedimento era “levar para o lado do caixa, retirar a peça subtraída e liberar a pessoa. (...) Diante da narrativa dos fatos, a conduta dos acusados amolda-se no delito de tortura com o fim de obter declaração das vítimas, justamente de que teriam praticado o furto, empregando assim violência ou grave ameaça e causando-lhe, portanto, não apenas sofrimento físico como também mental, sobretudo pelo excesso de constrangimento a que ficaram expostas. Não há, pois, sob qualquer ângulo se falar em desclassificação a imputação para o crime de lesão corporal e nem mesmo constrangimento ilegal, como pretende a defesa.” (folhas 236 /239).

Ademais, em crimes desta natureza, é certo que a palavra da vítima se reveste de especial relevância, sobretudo quando amparada pelos demais elementos dos autos.

Por fim, também não assiste razão à defesa ao afirmar que não ocorreu a subsunção da conduta dos acusados ao tipo penal incriminador, porquanto estaria ausente o *dolo específico*, tornando atípica a conduta. Nesse sentido, vale destacar que o crime de tortura-confissão (artigo 1º, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 9.455/97), prescinde da elementar atinente a causar na vítima *intenso sofrimento físico e mental*, bastando *constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça*, com o fim de obter *informação, declaração ou confissão*.



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 – email: recursospecial@mpsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

No caso, a intenção dos acusados é cristalina no sentido da obtenção da confissão das adolescentes quanto ao suposto furto, havendo perfeita subsunção da conduta dos acusados ao tipo penal incriminador, não havendo qualquer possibilidade de se entender pela reclassificação da conduta dos acusados para os crimes de lesão corporal leve ou mesmo constrangimento ilegal, tipos penais que, no caso concreto, integraram o núcleo do crime de tortura-confissão.

Diante deste quadro, as condenações devem ser mantidas, não havendo motivos para a correção das reprimendas, exceto quanto à indevida imposição de pena de multa, já que inexistente no preceito secundário da norma penal incriminadora.

Na primeira fase do artigo 68 do Código Penal, as penas-bases de cada um dos crimes (duas vítimas) e para cada um dos acusados foi fixada em 1/4 (um quarto) acima do mínimo legal, vale dizer, em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, decotando-se a pena de 14 (quatorze) dias-multa desde logo.

Entende-se correta a majoração da reprimenda na primeira fase, já que a culpabilidade dos acusados, entendida como juízo de reprovação da conduta, excedeu o dolo normal da conduta, extrapolando a obtenção da confissão pelas vítimas, que foram submetidas a humilhação e exposição nas mídias sociais. Nesse sentido, tal como ponderou a digna magistrada de primeiro grau: “(...considerando a especial ousadia dos acusados, que trancaram as adolescentes na loja, obrigando-as a simularem vídeo em que estariam furtando peças, expondo, ainda, esse vídeo nas redes sociais, revela dolo anormal à espécie. Trata-se de dois homens que agrediram fisicamente e psicologicamente duas adolescentes que não tinham qualquer chance de resistir à empreitada delituosa, já subjugadas pelo só fato de terem sido trancadas dentro de um estabelecimento. O comportamento dos acusados demonstrou descaso, escárnio e verdadeiro desrespeito por suas vítimas, verdadeiras presas do comportamento de vilania dos acusados. As consequências do crime, aliás, foram experimentadas não apenas pelas vítimas, mas por suas famílias, sendo que elas chegaram a ter de trocar de escola e quase chegaram a se mudar de casa por serem taxadas de “ladras”. Inegável o constrangimento pela propagação do vídeo feito pelos acusados, o que justifica o recrudescimento do tratamento da lei

Apelação Criminal nº 0017657-09.2017.8.26.0050 -Voto nº 2.023

13

João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursoespecial@mpsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

penal.”

Na ausência de atenuantes ou agravantes e, já na derradeira fase da dosimetria, presente a causa de aumento de pena prevista no § 4º, do inciso II, do artigo 1º, da Lei 9.455/97 (crime cometido contra adolescentes), as reprimendas foram majoradas em 1/6 (um sexto), perfazendo 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão.

Por fim, diante do reconhecimento do concurso formal de delitos cometidos contra as duas vítimas (artigo 70 do Código Penal), a pena de um dos delitos foi aumentada em mais 1/6 (um sexto), totalizando, em definitivo, 3 (três) anos, 4 (quatro) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, para cada um dos acusados.

Alvo da insurgência da acusação, a MM. Juíza sentenciante entendeu suficiente a fixação do regime aberto para o início do cumprimento das reprimendas.

De fato, não se ignora o teor do § 7º do artigo 1º da Lei nº 9.455/97, que determina que o condenado pelo crime de que trata a lei, exceto no caso do § 2º, *iniciará o cumprimento da pena em regime fechado*; nem mesmo o entendimento do Pretório Excelso acerca da possibilidade da fixação do regime inicial fechado para o crime de tortura (HC 123316/SE, Rel. Min. Marco Aurélio, 909.06/2015). No entanto, tendo conta as nuances próprias do crime aqui apurado, bem como pelo fato de que os acusados são primários e não ostentam qualquer outra prática delituosa em suas folhas de antecedentes (certidões de distribuições criminais às folhas 105 e 106), forçoso concluir que o regime inicial fechado seria desproporcional e desarrazoado – ainda que consideradas as circunstâncias judiciais desfavoráveis - devendo ser mantido o regime fixado em primeiro grau, diante, inclusive, da disposição constante do artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal.

Nesse sentido, o Colendo Superior Tribunal de Justiça assim já se pronunciou:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APELO NOBRE INADMITIDO EM VIRTUDE DO

Apelação Criminal nº 0017657-09.2017.8.26.0050 -Voto nº 2.023

14

João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursospecial@mpsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

ÓBICE DO VERBETE SUMULAR N.º 7/STJ. RAZÕES DO REGIMENTAL DISSOCIADAS DA MOTIVAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 182 DA SÚMULA DO STJ. INSURGÊNCIA NÃO CONHECIDA. (...) REGIME INICIAL FECHADO. VEDAÇÃO DA LEI N.º 9.455/97. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. (...) 6. A imposição do modo inicial fechado com base na vedação prevista no art. 1.º, § 7.º, da Lei de Tortura revela a ilegalidade manifesta no aresto objurgado, que reclama a concessão de habeas corpus de ofício. 7. Estabelecida a reprimenda em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão e a pena-base fixada no mínimo legal, o regime inicial aberto mostra-se adequado e proporcional na espécie. 8. Agravo regimental desprovido, concedido habeas corpus de ofício para redimensionar a pena privativa de liberdade e modificar o regime inicial para o seu cumprimento. (AgRg no AREsp 529.364/TO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 30/08/2017)."

Ademais, em alegações finais orais (SAJ), o *Parquet* pugnou pela fixação do regime intermediário, inovando agora nas razões recursais ao pedir a fixação do retiro pleno.

Tendo a vista o cometimento de crime mediante violência e grave ameaça, inadmissível a substituição da corporal por restritivas de direitos.

Ante o exposto, por meu voto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO** e, lado outro, **DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA DEFESA** para excluir da condenação a pena de multa, não prevista no preceito secundário da norma penal incriminadora contida no artigo 1º, inciso I, alínea "a", combinado com o § 4, inciso II, todos da Lei nº 9.455/97, no mais se mantendo, nos termos em que proferida, a respeitável sentença impugnada.

HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA

Relator


João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursospecial@mpsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

DECISÃO QUE REJEITOU OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000288890

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Criminal nº 0017657-09.2017.8.26.0050/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, Interessados ANDERSON BEZERRA COSTA e FREDSON BEZERRA COSTA, é embargado COLENDIA 12ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **conheceram dos embargos de declaração opostos e, no mérito, os rejeitaram, mantendo o julgado na forma como prolatado. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AMABLE LOPEZ SOTO (Presidente sem voto), VICO MAÑAS E JOÃO MORENGHI.

São Paulo, 19 de abril de 2021.

HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA

Relator

Assinatura Eletrônica


João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursospecial@mpsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

Embargos de Declaração Criminal nº 0017657-09.2017.8.26.0050/50000

Embargante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Embargado: Colenda 12ª Câmara de Direito Criminal

Comarca: São Paulo

Nome do (a) Juiz (a) prolator(a) da sentença: Juliana Guelfi

Voto nº 2.477

Embargos de declaração – Crime de Tortura – Ministério Público recorreu da sentença para modificar o regime de cumprimento de pena para o inicial fechado - Alegação ministerial no sentido de que a decisão colegiada foi omissa e contraditória ao manter o regime inicial aberto imposto em primeiro grau – Inexistência de omissão ou contradição – Acórdão fundamentou a manutenção do regime, notadamente diante da desproporção entre a conduta dos acusados, primários e sem antecedentes criminais, e o rigor do regime fechado, destinado a pessoas condenadas por crimes violentos, sem possibilidade de serem mantidas em sociedade antes de experimentar o retiro pleno - Pedido de modificação de matéria já decidida no v. acórdão, para modificação em sua essência ou substância – Impossibilidade – Ausência de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão – Rejeição dos embargos.

Através do v. acórdão constante das folhas 395/409 dos autos principais, os sentenciados **FREDSON BEZERRA COSTA** e **ANDERSON BEZERRA DA COSTA**, condenados pelo crime do artigo 1º, inciso I, alínea “a,” e § 4º, II, da Lei nº 9.455/97, por duas vezes e na forma do artigo 70 do Código Penal, a cumprir, cada qual, pena de 3 (três) anos, 4 (quatro) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, **em regime inicial aberto**, bem como ao pagamento de 16 (dezesseis) dias multa, unidade no piso, tiveram seus recursos de apelação parcialmente providos, por unanimidade, para excluir da condenação a pena de multa, não prevista no preceito secundário da norma penal incriminadora.

Inconformado, o Ministério Público do Estado de São Paulo opôs os embargos declaratórios constantes das folhas 1/29 do incidente próprio, visando a declaração do acórdão por entendê-lo omissa e contraditório, na medida em que, apesar de ter reconhecido as circunstâncias judiciais como desfavoráveis aos

Embargos de Declaração Criminal nº 0017657-09.2017.8.26.0050 -Voto nº 2.477

2

João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursospecial@mbsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

condenados, mantendo a majoração da pena-base, não deu provimento ao recurso ministerial para o agravamento do regime inicial de cumprimento de pena. Em seu entender, a decisão colegiada *não esclareceu por que, diante das condições judiciais negativas, devidamente reconhecidas na r. sentença de primeiro grau e no v. acórdão, que foram capazes de elevar a pena-base, não fixou pelo menos o regime semiaberto, para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.* Por fim, salienta que as circunstâncias em que os crimes foram cometidos, bem como a *gravidade intrínseca do delito, que é equiparado a hediondo e mereceu especial do legislador Constituinte,* devem prevalecer sobre a primariedade e os bons antecedentes dos condenados (*“...as “nuances” do crime, expressamente reconhecidas, são gravíssimas e devem impor regime prisional mais severo e não ficção jurídica que é o regime aberto desacompanhado de penas alternativas.”*), fixando-se, pelo menos, o regime semiaberto.

É o relatório.

Conheço dos embargos, já que tempestivos, contudo, no mérito os rejeito.

Com efeito, dispõe o artigo 619 do Código de Processo Penal:

- "Aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, câmaras ou turmas, poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de dois dias contados de sua publicação, quando houver na sentença ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão".

No caso presente, não incide ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão.

É lição de Júlio Fabrini Mirabete, de que *"a finalidade dos embargos de declaração é apenas a de esclarecer, tornar claro o acórdão proferido, sem modificar a substância, não se admitem, por serem impróprios, aqueles em que, ao invés de reclamar o deslinde de contradição, o preenchimento de omissão ou explicação de parte obscura ou ambígua do julgado, se pretende rediscutir questão que nele ficou claramente decidida, para modificá-lo em sua essência ou substância. Assim, não é possível, em embargos de declaração, alterar, mudar ou aumentar o*

Embargos de Declaração Criminal nº 0017657-09.2017.8.26.0050/50000 -Voto nº 2.477

3

João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursoespecial@mpsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

juízo..." (Código de Processo Penal Interpretado, Editora Atlas, 5ª Edição, página 796).

Nesse sentido já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"Embargos de declaração, interposição visando à modificação do acórdão. Inadmissibilidade. Recurso que se presta somente a corrigir ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão na decisão. Aplicação do art. 619 do CPP" (RT 670/337);

"Os embargos de declaração não são palco para a parte simplesmente se insurgir contra o julgado e requerer sua alteração. Por isso, não se admite embargos de declaração com efeitos modificativos quando ausente qualquer dos requisitos do art. 535 do Código de Processo Civil" (STJ-Corte Especial, ED no REsp 437.380, Rel. Min. Menezes Direito, j. 20.04.05, não conheceram, v.u., DJU 23.05.05)".

No mesmo sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

- "Rejeitam-se os embargos declaratórios, por serem considerados impróprios, se o embargante, ao invés de reclamar o dirime de contradição, preenchimento de omissão ou explicação de parte obscura ou ambígua do julgado, pretende rediscutir questão que nele ficou claramente decidida, em busca de modificá-lo em sua essência ou substância" (RT 622/309).

Nesse contexto, e como consta na própria petição de oposição dos embargos, o embargante deixa claro que sua pretensão é a modificação de matéria já decidida no v. Acórdão e, assim, não há como acolhê-la.

Conforme constou do v. acórdão, a manutenção pela Turma Julgadora do regime aberto fixado pela digna magistrada de primeiro grau levou em consideração o fato de que os sentenciados eram primários e não ostentavam antecedentes desabonadores.

Assim, foi considerado desarrazoado e desproporcional levar à prisão dois empregados de uma loja de roupas, cuja conduta, apesar de ser altamente reprovável, residindo aí a justificativa para a majoração da pena-base, não se mostrou suficiente para a imposição do regime inicial fechado. Nesse sentido, constou expressamente do acórdão que:

Embargos de Declaração Criminal nº 0017657-09.2017.8.26.0050/50000 -Voto nº 2.477

4

João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursospecial@mpsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

“[...] As versões exculpatórias dos acusados foram cabalmente infirmadas pelo relato firme e coeso das vítimas, que descreveram a dinâmica dos fatos tal como postos na denúncia, não sendo crível que se submetessem ao constrangimento de simularem a prática de um furto que sequer admitiram ter praticado - senão estivessem sendo agredidas e ameaçadas pelos acusados. De resto, as agressões foram confirmadas pelo laudo de lesão corporal em uma delas, cujas lesões são compatíveis com as agressões por elas relatadas. (...) Entende-se correta a majoração da reprimenda na primeira fase, já que a culpabilidade dos acusados, entendida como juízo de reprovação da conduta, excedeu o dolo normal da conduta, extrapolando a obtenção da confissão pelas vítimas, que foram submetidas a humilhação e exposição nas mídias sociais. (...) Alvo da insurgência da acusação, a MM. Juíza sentenciante entendeu suficiente a fixação do regime aberto para o início do cumprimento das reprimendas. De fato, não se ignora o teor do § 7º do artigo 1º da Lei nº 9.455/97, que determina que o condenado pelo crime de que trata a lei, exceto no caso do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado; nem mesmo o entendimento do Pretório Excelso acerca da possibilidade da fixação do regime inicial fechado para o crime de tortura (HC 123316/SE, Rel. Min. Marco Aurélio, 909.06/2015). No entanto, tendo conta as nuances próprias do crime aqui apurado, bem como pelo fato de que os acusados são primários e não ostentam qualquer outra prática delituosa em suas folhas de antecedentes (certidões de distribuições criminais às folhas 105 e 106), forçoso concluir que o regime inicial fechado seria desproporcional e desarrazoado ainda que consideradas as circunstâncias judiciais desfavoráveis - devendo ser mantido o regime fixado em primeiro grau, diante, inclusive, da disposição constante do artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal. .” (páginas 401, 407 e 408).

De fato, respeitado o entendimento da Procuradoria-Geral de Justiça, entendo que os sentenciados não devem iniciar o cumprimento de sua reprimenda no retiro pleno, destinado a condenados que efetivamente possam causar desassossego à sociedade, vislumbrando a prática de crimes violentos, **ainda que no caso concreto um dos vetores das circunstâncias judiciais (consequência do crime derivada da culpabilidade mais acentuada dos réus) lhes tenha sido considerado desfavorável.**

Nesse sentido, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

CONSTITUCIONAL. PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TORTURA

Embargos de Declaração Criminal nº 0017657-09.2017.8.26.0050/50000 -Voto nº 2.477

5

João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursospecial@mbsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

QUALIFICADA. PENA FIXADA EM 3 (TRÊS) ANOS E 6 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DE IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC N. 111.840). HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO. 01. Prescreve a Constituição da República que "conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" (art. 5º, inc. LXVIII). O Código de Processo Penal impõe aos juízes e aos tribunais que expeçam, "de ofício, ordem de habeas corpus, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal" (art. 654, § 2º). Desses preceptivos infere-se que, no habeas corpus, devem ser conhecidas quaisquer questões de fato e de direito relacionadas a constrangimento ou ameaça de constrangimento à liberdade individual de locomoção. Por isso, ainda que substitutivo do recurso expressamente previsto para a hipótese, é imprescindível o seu processamento para aferição da existência de "ilegalidade ou abuso de poder" no ato judicial impugnado (STF, HC 121.537, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma; HC 111.670, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma; STJ, HC 277.152, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma; HC 275.352, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma). 02. Para o Supremo Tribunal Federal, "se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado". A luz dessas premissas, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (HC n. 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli). Consequentemente, se satisfeitos os pressupostos legais, aos réus condenados por crime de tortura não podem ser negados o regime prisional aberto ou semiaberto (AgRg no AREsp 629.324/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 24/02/2015; HC 297.688/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 11/11/2014). 03. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime aberto para cumprimento da pena privativa de liberdade. (HC 262.536/RN, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 12/05/2015);

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TORTURA. CONDENAÇÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. ART. 1º, § 7º, DA LEI 9.455/97. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. PRIMARIEDADE. QUANTUM DA PENA. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.



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 – email: recursospecial@mpsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

VIOLÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO. 1. A obrigatoriedade do regime inicial fechado prevista na Lei do Crime de Tortura foi superada pela Suprema Corte, de modo que a mera natureza do crime não configura fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso para os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados. Para estabelecer o regime prisional, deve o magistrado avaliar o caso concreto, seguindo os parâmetros estabelecidos pelo artigo 33 e parágrafos do Código Penal. 2. Tratando-se de pacientes primários, com circunstâncias judiciais favoráveis, que levaram à fixação da pena-base no mínimo legal, e diante do quantum da pena final, inferior a 4 anos, de rigor a fixação do regime prisional aberto. 3. A substituição da pena por medidas restritivas de direitos não é cabível, nos termos do art. 44, I, do Código Penal, pois o delito foi cometido mediante violência. 4. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar, garantir que os pacientes iniciem o cumprimento da reprimenda no regime aberto. (HC 333.905/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 07/10/2015).

Dessa forma, ausentes ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão no julgado, não há que se cogitar de embargos de declaração, pelo que os rejeito.

Ante todo o exposto, conheço dos embargos de declaração opostos e, no mérito, os rejeito, mantendo o julgado na forma como prolatado.

HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA
Relator

Assim decidindo, a Egrégia Corte Paulista contrariou e negou vigência ao disposto nos **artigos 33, § 3 e 59 ambos do Código Penal**, autorizando a manifestação do presente inconformismo, com base na alínea “a” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, com a seguinte tese:

Se a pena-base aplicada ao condenado por crime de tortura praticado contra adolescente foi fixada acima do mínimo legal, é impossível o

João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursospecial@mpsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

início do cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto

**2 – DA CONTRARIEDADE OU NEGATIVA DE VIGÊNCIA A
DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL (artigos 33, § 3 e 59 todos do
Código Penal)**

Os artigos 33, § 3, e 59 todos do Código Penal) do
Código Penal estão assim redigidos (destaques nossos):

**Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime
fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime
semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a
regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de
11.7.1984)**

**§ 1º - Considera-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de
11.7.1984)**

**a) regime fechado a execução da pena em
estabelecimento de segurança máxima ou média;**

**b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia
agrícola, industrial ou estabelecimento similar;**

**c) regime aberto a execução da pena em casa de
albergado ou estabelecimento adequado.**

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser

João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursoespecial@mpsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

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

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;(Redação

João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursospecial@mpsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

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.).

Estes dispositivos protegem o princípio constitucional da individualização da pena (artigo 5º, XLVI, CF), o qual estabelece o dever de o Estado-juiz ajustar, quantitativa e qualitativamente, a sanção ao fato e ao autor, nos limites da 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


João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursospecial@mpsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

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

Se o prazer e o sofrimento são os dois grandes motores dos seres sensíveis; se, entre as razões que guiam os homens em todas as suas atitudes, o supremo Legislador 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 voltado 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).


João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursospecial@mpsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

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

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

“HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A) TIPICIDADE DA CONDOTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE


João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursospecial@mpps.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. 1.1. **Mandados constitucionais de criminalização: A Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas é possível identificar um mandado de criminalização 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


João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursospecial@mbsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (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 perigo de lesão concreta a determinado


João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursospecial@mpsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional.

3. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA. Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha


João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursospecial@mbsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

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*.

E o mesmo raciocínio deve ser desenvolvido para a escolha do regime prisional, tanto que o legislador cuidou de lembrar a necessidade de observar as circunstâncias que envolvem o crime e seu autor como critérios para a sua definição.

De tudo isso decorre o evidente o comando do § 3º do art. 33 do Código Penal (**§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código**).

Como se não bastasse, o próprio art. 59 renova este comando em seu inciso III (**III - o regime inicial de cumprimento da pena**


João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursospecial@mmsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

privativa de liberdade), determinando que a escolha do regime prisional inicial deve observar as inúmeras circunstâncias que diferenciam um fato criminoso de outro.

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

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


João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursospecial@mbsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

08/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 16-11-2015 PUBLIC 17-11-2015).

E no caso que é objeto desta ação penal o v. acórdão embargado, manteve a elevação da pena-base dos réus nos seguintes termos (destaques nossos):

“Entende-se correta a majoração da reprimenda na primeira fase, já que a culpabilidade dos acusados, entendida como juízo de reprovação da conduta, excedeu o dolo normal da conduta, extrapolando a obtenção da confissão pelas vítimas, que foram submetidas a **humilhação e exposição nas mídias sociais**. Nesse sentido, tal como ponderou a digna magistrada de primeiro grau: “*(...considerando a especial ousadia dos acusados, que **trancaram as adolescentes na loja, obrigando-as a simularem vídeo em que estariam furtando peças, expondo, ainda, esse vídeo nas redes sociais, revela dolo anormal à espécie**. Trata-se de dois homens que **agrediram fisicamente e psicologicamente duas adolescentes que não tinham qualquer chance de resistir à empreitada delituosa**, já subjúgadas pelo só fato de terem sido trancadas dentro de um estabelecimento. O comportamento dos acusados demonstrou descaso, escárnio e verdadeiro desrespeito por suas vítimas, **verdadeiras presas do comportamento de vilania dos acusados**. As consequências do crime, aliás, foram experimentadas **não apenas pelas vítimas, mas por suas famílias, sendo que elas chegaram a ter de trocar de escola e quase***


João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursospecial@mmsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

*chegaram a se mudar de casa por serem taxadas de “ladras”.
Inegável o constrangimento pela propagação do vídeo feito pelos
acusados, o que justifica o recrudescimento do tratamento da lei
penal.”*

Deste ponto em diante o v. acórdão, ao estabelecer o regime prisional inicial, negou vigência à lei federal ao afirmar que “*tendo conta as nuances próprias do crime aqui apurado*” é possível o regime inicial menos rigoroso, quando na realidade as “nuances” do crime, **expressamente reconhecidas**, são gravíssimas e devem impor regime prisional mais severo e não ficção jurídica que é o regime aberto desacompanhado de penas alternativas.

E temos como circunstâncias judiciais extremamente desfavoráveis aos réus:

I - A culpabilidade⁷, ou seja, o juízo de reprovabilidade

⁷ 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.

(...)

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”.

João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursospecial@mpps.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

da conduta dos agentes, que situou-se em nível acima do normal (**humilhação e exposição nas mídias sociais - trancaram as adolescentes na loja, obrigando-as a simularem vídeo em que estariam furtando peças, expondo, ainda, esse vídeo nas redes sociais, revela dolo anormal à espécie. Trata-se de dois homens que agrediram fisicamente e psicologicamente duas adolescentes que não tinham qualquer chance de resistir à empreitada delituosa**).

II – **A personalidade dos réus**⁸, que apresentam aspectos negativos (*O comportamento dos acusados demonstrou descaso, escárnio e verdadeiro desrespeito por suas vítimas, **verdadeiras presas do comportamento de vilania dos acusados***).

III – **As consequências do crime** (*As consequências do*

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)

⁸ 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 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)

João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursospecial@mpsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

crime, aliás, foram experimentadas não apenas pelas vítimas, mas por suas famílias, sendo que elas chegaram a ter de trocar de escola e quase chegaram a se mudar de casa por serem taxadas de “ladras”.

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

Desta forma, a gravidade das condutas, a personalidade distorcida dos agentes e consequências do crime, amplamente demonstradas no v. acórdão, aliadas à natureza do delito equiparado a hediondo, autoriza, **pelo menos**⁹, a fixação do regime semiaberto para início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

Em situações semelhantes este Superior Tribunal de Justiça já decidiu (destaques nossos):

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. TORTURA. INAPLICABILIDADE DA FIXAÇÃO

⁹ Penso que este Egrégio Tribunal Superior está autorizado a fixar o regime **fechado** para início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursospecial@mpsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

DE REGIME OPE LEGIS DO ART. 1º, § 7º, DA LEI N. 9.455/1997. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. SÚMULA 440/STJ.

IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CRIME COMETIDO COM EMPREGO DE VIOLÊNCIA À PESSOA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. O Superior Tribunal de Justiça alinhou-se ao entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade da norma disposta no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (STF, HC 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27/6/2012), passando a inadmitir a fixação do regime inicial fechado com base na mera fundamentação ope legis, aos condenados por crimes hediondos ou a ele assemelhados. Em analogia a esse entendimento, de rigor a sua aplicação para que a fixação do regime inicial do crime de tortura ocorra nos moldes do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, porquanto o art. 1º, § 7º, da Lei


João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursospecial@mpsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

n. 9.455/1997 expõe norma idêntica à do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990.

3. De acordo com a Súmula 440/STJ, "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". No mesmo sentido, a Súmula 718/STF esclarece que "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", enunciado que é complementado pelo da Súmula 719/STF, segundo a qual "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

4. As retrocitadas súmulas não foram observadas pelo Tribunal a quo, porquanto o regime fechado foi imposto sem motivação idônea, devendo ser observado o regime legal dos § 2º e 3º do art. 33 do Código Penal. In casu, as instâncias ordinárias consideraram **desfavoráveis** as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, por isso, a **pena-base foi fixada acima do mínimo legal**. Ademais, como os pacientes são primários e a sanção corporal foi fixada, para ambos, em 3 anos, 8 meses e 13 dias de reclusão, **fazem jus ao regime inicial semiaberto** de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º e § 3º, do Código Penal.

5. Nos termos do reconhecido no acórdão ora impugnado, mostra-


João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursospecial@mpsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

se "incabível a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, por ausência dos requisitos do artigo 44, do Código Penal, uma vez que se trata de delito cometido com violência, assim como a suspensão condicional da pena, tendo em vista a quantidade de pena aplicada".

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial de cumprimento da pena **semiaberto** para os pacientes, salvo se, por outro motivo, não estiverem descontando pena em regime mais severo.

(HC 378.456/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017).

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TORTURA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. INDEVIDA CONSIDERAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE DO AGENTE. REDIMENSIONAMENTO DA PENA-BASE. FIXAÇÃO DO REGIME INICIALMENTE FECHADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO PARA O REGIME SEMIABERTO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Mostrou-se indevido no caso o aumento da pena-base em razão da valoração negativa da personalidade do ora agravado, ao


João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursospecial@mpsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

fundamento de que o agente teria demonstrado comportamento violento, uma vez que se revela inviável ao julgador (que, de regra, não é psiquiatra e nem psicólogo, não sendo, portanto, expert) uma conclusão cientificamente sustentável neste sentido. Por conseguinte, não havendo dados suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base, como na hipótese.

II - Ademais, deve-se ressaltar que hediondez do delito não constitui fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso, mormente quando a obrigatoriedade do regime inicialmente fechado prevista no §7º do art. 1º da Lei n. 9.455/1997 foi superada pelo col. Pretório Excelso.

III - Além disso, a Terceira Seção desta Corte, ao apreciar o tema, consignou que "(...) é possível - desde que com base em motivação concreta - estabelecer regime prisional mais gravoso do que aquele que corresponderia, como regra geral, à pena aplicada" (HC n. 362.535/MG, Terceira Seção, de minha relatoria, Relatora para o acórdão Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 8/3/2017, grifei). No caso, inequivocamente, a fixação do regime mais gravoso com base na hediondez do delito não constitui motivação idônea para a fixação do regime fechado, razão pela qual, nos termos dos artigos 33 e 59 do Código Penal, e fixada a pena em patamar inferior a 4 anos de reclusão, a estipulação do regime inicial **semiaberto** é apropriada, eis que existem **duas circunstâncias judiciais desfavoráveis** ao ora agravado, quais


João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursospecial@mpsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

sejam, a culpabilidade e as circunstâncias do delito.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 355.911/BA, Rel. Ministro FELIX FISCHER,
QUINTA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 31/05/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL.
NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO
PESSOAL DA RELATORA. PENAL. TORTURA.
CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE
ESTABELECIMENTO DE REGIME MENOS GRAVOSO.
POSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO
LEGAL. REGIME SEMIABERTO QUE SE IMPÕE. WRIT NÃO
CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA
DE OFÍCIO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal


João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursospecial@mpsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

desta Relatora, também nos casos de utilização do habeas corpus em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. É flagrante o constrangimento ilegal em relação à fixação do regime inicial fechado com base no art. 1.º, § 7.º, da Lei de Tortura.

4. Com a declaração pelo Pretório Excelso da inconstitucionalidade do regime integral fechado e do § 1.º do art. 2.º da Lei de Crimes Hediondos, com redação dada pela lei n.º 11.464/2007 - também aplicável ao crime de tortura -, o cumprimento da pena passou a ser regido pelas disposições gerais do Código Penal. Porém, consideradas desfavoráveis as circunstâncias judiciais do caso concreto, cabível aplicar inicialmente o regime prisional **semiaberto**, atendendo ao disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

5. Writ não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto.

(HC 286.925/RR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/05/2014, DJe 21/05/2014)

Lembro que primariedade e bons antecedentes não são os únicos balizadores do regime inicial de cumprimento de pena privativa de


João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursospecial@mpsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

liberdade, pois como já demonstrado o § 3º do art. 33 do Código Penal remete a questão ao art. 59 do mesmo diploma legal.

Desta forma, diante de tantas circunstâncias judiciais negativas, associadas à gravidade intrínseca do delito, que é equiparado a hediondo e mereceu especial do legislador Constituinte, parece-me que houve equívoco do v. acórdão ao fixar o regime aberto para início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

Em resumo, se as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal são desfavoráveis aos réus, **tanto que a pena-base a eles imposta foi fixada acima do mínimo legal**, não tem sentido a fixação de regime prisional inicial mais favorável que o semiaberto.

3 - DO PEDIDO

Ante o exposto, demonstrada fundamentadamente a contrariedade à lei federal quanto ao tema 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 cassação do v. acórdão da Corte Paulista, definindo-se, ao prudente critério da Egrégia Corte Superior, regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade mais rigoroso que o aberto (fechado ou semiaberto), em obediência ao § 3º do art. 33 e art. 59 do Código Penal.


João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça



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 – email: recursospecial@mpsp.mp.br
Apelação nº 0017657-09.2017.8.26.0050

São Paulo, 6 de maio de 2021.


João Antonio dos Santos Rodrigues
- Procurador de Justiça -


João Antonio dos Santos Rodrigues
Procurador de Justiça