## Vara do Júri de Guarulhos

**Processo-crime n.º 572/10**

Apelante: **JUSTIÇA PÚBLICA**

Apelado: **MIZAEL BISPO DE SOUZA**

## RAZÕES DE APELAÇÃO

### Egrégio Tribunal de Justiça,

### Colenda Câmara,

**Douta Procuradoria de Justiça!**

1. MIZAEL BISPO DE SOUZA foi denunciado e pronunciado pela prática de um homicídio triplamente qualificado, isso porque, consoante as circunstâncias declinadas na prefacial acusatória, ceifou a vida de sua ex-namorada Mércia Mikie Nakashima.

2. Levado a julgamento perante o Tribunal Popular, é certo que, na data de 14 de março de 2013, o E. Conselho de Sentença entendeu por bem acatar integralmente a tese defendida em Plenário pelo Ministério Público, condenando o acusado pelo delito que lhe fora imputado.

3. Sucede que, durante a fixação da reprimenda, é fato que o magistrado presidente se equivocou em alguns critérios adotados, dosando a sanção de maneira errônea.

4. Desta forma, com fundamento no artigo 593, inciso III, alínea “c”, do Código de Processo Penal, vem o Ministério Público apresentar as razões pelas quais recorreu da r. sentença proferida, objetivando com elas que a reprimenda imposta ao apelado seja majorada.

5. Senão vejamos:

***a) dos critérios objetivos para fixação da pena-base, agravantes e atenuantes[[1]](#footnote-1).***

6.Como sabido, existem três fases a serem seguidas por ocasião da individualização da pena dos criminosos: a) cominação pela lei (previsão em abstrato; é a escala penal ou pena cominada); b) aplicação pelo juiz (na sentença penal condenatória) e c) execução pelo magistrado (após o trânsito em julgado).

7. A individualização da pena, também como sabido por qualquer jejuno no direito, é preceito constitucional expresso e o nosso sistema de aplicação, de acordo com art. 68 do CP, é o trifásico, na forma do pensamento de Nelson Hungria, pelo qual, para cada uma das três fases que o juiz deve percorrer para fixar ou dosar a pena, há circunstâncias próprias, específicas. Não pode o magistrado considerar uma circunstância própria da segunda fase na primeira e daí por diante, assim como não pode considerar a mesma circunstância em mais de uma fase, nem levar em consideração uma elementar do tipo ou uma qualificadora.

8. Assim sendo, repise-se, são três as fases de fixação da pena pelo sentenciante:

1ª) circunstâncias judiciais - CP, art. 59: há a fixação da pena-base;

2ª) circunstâncias legais genéricas, que podem ser: agravantes (art. 61 e 62 do CP, rol exaustivo) e atenuantes (art. 65 e 66 do CP, rol exemplificativo): há a fixação da pena provisória;

3ª) causas especiais de aumento ou de diminuição ou circunstâncias legais específicas (majorantes e atenuantes específicas, que são diferentes das qualificadoras): há a fixação da pena privativa definitiva.

9. Nas duas primeiras fases, as características fundamentais e distintas da restante são: não há um *quantum* definido pela lei para se aumentar ou diminuir a reprimenda e o juiz deve, pelo menos, ater-se aos limites máximo e mínimo da escala penal (cf. Súmula 231 do E. STJ).

10. Já na terceira fase, há *quantum* definido na lei para o aumento ou a diminuição da pena e os limites da escala penal podem ser ultrapassados (tanto o mínimo quanto o máximo). Não há um artigo que concentre essas circunstâncias especiais, como ocorre com as outras circunstâncias, pois estão em artigos esparsos tanto da Parte Geral quanto da Parte Especial do CP.

11. De forma esquemática, podemos então apontar os seguintes passos para a fixação da pena:

1º. Verificar se há qualificadora, uma vez que, por alterar a própria escala penal, não pode ser considerada em nenhuma das três fases. Exceção: a segunda qualificadora será considerada na 2ª fase (se houver previsão expressa) ou na 1ª fase (nas circunstâncias judiciais denominadas circunstâncias);

2º. Para a fixação da pena-base, sempre se parte do mínimo estabelecido na escala penal, procurando considerar sempre as circunstâncias judiciais (são oito). Ao final, aplica-se a pena-base. Como será dito a seguir, a maioria da doutrina, apesar de não haver definição pelo legislador, aponta que **a pena média (*aquela que é o resultado da divisão por dois da soma da pena mínima com a máxima*) é o limite para o aumento na primeira fase, se forem desfavoráveis as circunstâncias judiciais**. Se forem favoráveis, não haverá alteração da pena mínima, já que o limite mínimo, na primeira fase, não pode ser ultrapassado. Verificar que **para cada circunstância desfavorável, como será exposto abaixo, por serem oito no total e não haver regra de preponderância entre elas, deverá o juiz aumentar a pena mínima em 1/8**;

3º. Para a fixação da pena provisória (pena-base + agravantes ou atenuantes), levar em consideração apenas as circunstâncias presentes. **Apesar de não haver definição legal, o limite apontado pela doutrina, como será visto, para cada circunstância, é de 1/6 a 1/3, de modo que a circunstância legal não tenha um peso maior do que a causa especial**. Verificar neste momento se há concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, no que a fração da preponderante deve ser superior;

4º. Na terceira fase, podem-se efetuar tantas operações quantas forem as causas de aumento ou diminuição. Ex: com uma causa de aumento e uma de diminuição, haverá duas operações: uma para aumentar e outra para diminuir.

12. No caso presente, deixaremos de analisar o concurso de agravantes e atenuantes da segunda fase e também as causas de aumento e diminuição, eis que inexistentes no caso concreto e na r. sentença prolatada, a qual somente cuidou de critérios para fixação da pena-base e para o reconhecimento de uma agravante genérica.

13. A questão tormentosa, pois, está em saber, apesar de não haver definição na lei, quanto o juiz deve aumentar ou diminuir a pena nas duas primeiras fases e quantas operações matemáticas deve realizar. Em suma, a questão objeto do recurso é verificar se andou bem o magistrado ao fixar a sanção final do réu MIZAEL BISPO DE SOUZA em 20 (vinte) anos de reclusão.

14. Já adiantamos que, para a fixação da pena-base, o juiz deve levar em consideração as circunstâncias judiciais (presentes no art. 59 do CP). É absolutamente tranquilo na jurisprudência que os limites da pena cominada (escala penal) não podem ser ultrapassados, o que somente pode ocorrer na terceira fase de fixação da pena. A pena-base não pode ser fixada além do máximo, nem aquém do mínimo, ainda que neste caso favoreça o réu, pois o art. 59, inc. II, do Código Penal alude a *"dentro dos limites previstos"*. Ocorre que, além dessas limitações, expressamente mencionadas na lei, a doutrina, como referido, propugna por outra limitação: **a pena-base não pode ser superior à pena-média (resultado da divisão por dois da soma da pena mínima com a pena máxima).**

15. Ora, se existem duas fases na aplicação da pena, que não admitem a superação dos limites abstratos, pressupõe-se que o legislador reservou a primeira metade para o cálculo da pena-base e a segunda para a incidência das circunstâncias agravantes porventura existentes no caso concreto. Observe-se que o legislador, ao fazer a opção política no dimensionamento do grau de censurabilidade de um ilícito, fixando a pena abstrata, presume que a tal montante máximo somente poderá chegar o juiz, quando constatar que as circunstâncias judiciais são negativas (1ª fase) e que existem várias agravantes genéricas (2ª fase).

16. Dessa forma, a fixação da pena-base próxima de seu grau máximo (na pena média, ou seja, no resultado da divisão por dois da soma da pena mínima com a pena máxima) somente pode ocorrer quando o agente contar com muita culpabilidade e quando contar com quase todas as circunstâncias do art. 59 militando em seu desfavor.

17. E isso se dá por uma razão muito simples: esta é apenas a primeira fase da fixação da pena, somente se podendo admitir penas próximas ao máximo cominado abstratamente, após a conclusão das duas primeiras fases (pena-base + agravantes). No entanto, na última etapa (terceira), não há problemas, consoante já dito, que a consideração das causas especiais de aumento da sanção eleve a reprimenda para patamares superiores ao teto fixado pelo legislador.

18. Em que pese a ausência de previsão legislativa e a alegação de resultante impossibilidade de uso, nossa opinião é de que o termo médio desempenha ótima função como critério de contenção dos excessos e que pode e deve continuar sendo adotado.

19. Melhor lançar-se mão de categoria jurídica abandonada pelo legislador do que simplesmente se deixar ao juiz a tarefa de estabelecer a pena-base sem referenciais objetivos que permitam o controle pelas partes, na quantidade que considerar a mais “prudente”, conhecidas as dificuldades para saber-se, enfim, o que é prudência ou quem é ou pode ser um homem prudente.

20. Assim sendo, considerando o limite mínimo da pena cominada e o limite máximo, que corresponde à pena-média, o juiz deve sopesar as circunstâncias judiciais para se concluir a primeira etapa de fixação da sanção.

21. Mas resta saber, quando for o caso, quanto aumentar a pena e quantas operações matemáticas devem ser realizadas.

22. Alguns autores, quando aprofundam o assunto, defendem critérios para poder fixar a pena-base.

23. Muitos dizem que há circunstâncias judiciais preponderantes, aplicando-se a regra, por analogia, do disposto no art. 67 do CP, que está voltado para o concurso de circunstâncias legais (segunda fase). Esses mesmos autores apontam como possuindo um peso maior aquelas de caráter subjetivo apontadas no art. 67 (personalidade, motivo e antecedentes), seguidas pelas demais circunstâncias subjetivas (culpabilidade e conduta social) e, por fim, pelas objetivas (consequências do crime e comportamento da vítima). Em geral, diz-se que as circunstâncias subjetivas previstas no art. 67 preponderam sobre as circunstâncias subjetivas não apontadas e estas, por sua vez, preponderam sobre as circunstâncias objetivas. Quando não há preponderância (circunstâncias do mesmo peso), uma circunstância compensa a outra. Por meio da regra de preponderância é que se estabelece se o conjunto de circunstâncias é favorável ou desfavorável, de modo que a consideração dessas circunstâncias em seu conjunto implica apenas uma operação matemática.

24. Já outros autores não estabelecem como critério a regra, aplicada por analogia, do art. 67 do CP. Dizem que a preponderância não está nas circunstâncias subjetivas apontadas no referido dispositivo, mas sim na circunstância da culpabilidade, sendo as demais circunstâncias judiciais apenas critérios pelos quais se analisa a primeira. Será tão mais reprovável a conduta quanto forem negativas as demais circunstâncias judiciais. Daí se afirmar que dificilmente haverá colidência entre a culpabilidade e as outras circunstâncias. Em geral, apontam-se três patamares: todas as circunstâncias favoráveis (pena mínima); todas as circunstâncias desfavoráveis (pena média); e parte favorável e parte desfavorável (a culpabilidade, como circunstância, não é favorável, mas também não é totalmente desfavorável, o que acarretaria a elevação da pena a um nível entre o mínimo e a pena média).

25. Apesar de criticada por parte da doutrina, a tentativa de sistematizar o estudo da majoração da pena na primeira fase possui a virtude de conferir critérios objetivos que permitam que o juiz faça a dosimetria da pena, sem engessar sua atividade, mas tão somente evitando que o *quantum* da elevação da pena dependa, em grande parte, do maior ou menor rigor do juiz, à luz de critérios exclusivamente personalíssimos. Há casos, e não são poucos, em que, mesmo fundamentado, o juiz não explicita por que aumentou a pena em um ano em vez de seis meses, o que faz com que, no mais das vezes, a sentença não seja anulada e, quando reduzida pelo Tribunal, seja apenas substituído o subjetivismo. Sejamos claros: dizer que o juiz deve considerar os fins de prevenção geral e especial que, no caso concreto, façam-se necessários, observando a culpabilidade como limite de avaliação das circunstâncias judiciais é absolutamente insuficiente para fundamentar o ato a ponto de permitir o controle no Estado Democrático de Direito.

26. Não se pretende a adoção de processos aritméticos rígidos para a fixação da pena-base, mas sim o estabelecimento de critérios objetivos que possibilitem o juiz fundamentar a sentença, inclusive quanto ao aumento da pena, ao mesmo tempo sem deixar de perceber a medida da culpabilidade.

27. Quanto à pena-base, em primeiro lugar, deve-se afastar a existência de circunstâncias previamente consideradas preponderantes e deixar de aplicar analogicamente o art. 67 do CP. A uma porque a omissão legislativa, no caso, é eloquente; silenciou propositadamente o legislador acerca do concurso de circunstâncias judiciais, ao contrário do que fez em relação às circunstâncias legais. A duas porque aplicar a analogia pode implicar prejuízo para o réu, o que é defeso em direito penal, na medida em que uma circunstância extremamente relevante no caso pode ser anulada por outra que não seja tão importante, tão somente por esta ser considerada preponderante pela lei; repare-se que, no particular, confere-se maior discricionariedade ao juiz. A três porque o art. 67 alude, inclusive, à reincidência, que é própria da segunda fase, sendo circunstância inconfundível com os antecedentes.

28. Em segundo lugar, dizer que a culpabilidade é a grande circunstância judicial, sendo as demais meros critérios (com um mesmo peso) para avaliar a sua medida também não resolve o problema da falta de fundamentação quando o juiz se deparar, como ocorre muitas vezes, com parte das circunstâncias favorável e parte desfavorável e do subjetivismo excessivo que uma consideração desse tipo pode implicar.

29. Em suma: já há um considerável subjetivismo nas circunstâncias judiciais: o que, por exemplo, na personalidade do agente ou na sua conduta social pode ser levado contra ou a seu favor. Não necessita o sistema de fixação da pena de mais indeterminação. O que se requer é segurança jurídica, sem descuidar das particularidades do caso concreto, em vista das finalidades da pena.

30. MÁRIO HELTON JORGE, Juiz no Estado do Paraná, é quem melhor resolve a questão, sustentando que, não existindo preponderância legal entre as circunstâncias judiciais, **cada circunstância pode elevar a pena mínima em até 1/8 da variação prevista no tipo penal**. Acrescentamos apenas que a variação não é do tipo penal (mínimo e máximo da pena cominada), **mas sim a variação entre o mínimo e a pena-média, que, como se viu, é o máximo a que se pode chegar na primeira fase**. (**A quantificação da pena em face das circunstâncias.** <htjus.com.br/revista/doutrina/imprimir.asp?id=5095">tp://[jus.com.br/revist](http://jus.com.br/revista)a/doutrina/imprimir.asp?id=5095> Acesso em 12 abr. 2013).

31. Assim, por exemplo, no crime de lesão corporal seguida de morte (CP, art. 129, parágrafo 3º), a escala penal é de quatro a doze anos, o que faz com que a pena-média seja de oito anos. A pena-base, portanto, pode ficar entre quatro e oito anos, que, no caso, é a elevação ao dobro da pena mínima. A diferença entre os limites é de quatro anos. O que significa dizer que quatro dividido por oito (o número de circunstâncias judiciais) corresponde a seis meses, ou seja, o máximo do quanto a pena pode ser elevada em razão de cada circunstância judicial. Se não houver a indicação nos autos de alguma circunstância judicial ou for ela positiva, o que dá no mesmo, não haverá a elevação.

32. Observa-se, desse modo, a advertência de GILBERTO FERREIRA: *Não se pode perder de vista, todavia, que o juiz, ao estabelecer a pena-base, deverá esclarecer a quantidade de pena que utilizou em relação a esta ou aquela circunstância. Não basta dizer genericamente que levando em consideração tais e tais circunstâncias fixou a pena-base em tanto. [...] Tal providência se faz necessária não só para obedecer ao disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal, mas, sobretudo, para demonstrar ao réu e ao Tribunal, no caso de reapreciação da matéria, qual a exata quantidade de pena atribuída a cada circunstância.* (**Aplicação da pena**. Rio de janeiro: Forense, 1995, p. 66).

33. Já quanto ao problema do aumento e da diminuição da sanção na segunda fase, a questão parece ser menos complexa.

34. Sustenta JOSÉ ANTONIO PAGANELLA BOSCHI a necessidade de se definir em doutrina critérios para a majoração ou a diminuição da pena na segunda fase, alinhando-se à posição assumida acima, apesar de não determinado pela lei. (**Das penas e seus critérios de aplicação.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002, p. 218-78).

35. E, de fato, não podemos concordar com alguns juristas que sustentam que os aumentos e as diminuições nessa etapa ficam apenas e tão somente vinculados ao arbítrio e/ou à prudência judicial. Aceitar que a pena possa ser imposta com base na prudência, sem que se possa determiná-la objetivamente, implica aceitar o risco de intervenção estatal ilimitada na esfera dos direitos do cidadão e ao mesmo tempo em criar espaço para que, na sentença, o magistrado julgue ao sabor das circunstâncias do momento.

36. Parte dos autores que aprofundam o tema indica que as circunstâncias legais (agravantes e atenuantes) não podem possuir um peso maior do que as causas de aumento e de diminuição de pena previstas no Código Penal, pelo que a reprimenda **não deve ir muito além do limite mínimo das majorantes e minorantes, que é fixado pelo sobredito diploma em 1/6 para cada circunstância.** O raciocínio aqui é o seguinte: Se as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento e de diminuição possuem maior relevância que as agravantes e atenuantes genéricas, porque as primeiras são específicas para determinados delitos, ao passo que as segundas são genéricas para todos os crimes, sugestiva é a conclusão de que, se as causas de aumento possuem maior relevância do que as agravantes genéricas, a quantificação da pena pela agravante não pode ser superior àquela decorrente de uma causa de aumento, sob pena de revelar excesso de penalização. O mesmo raciocínio vale também para as causas de aumento em relação às atenuantes. Nesse mesmo diapasão: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 519; SHECAIRA, Sérgio Salomão (apud BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002, p. 279); PRADO, Luiz Regis; BITENCOURT, Cezar Roberto (apud BOSCHI, op. Cit., p. 279); GALVÃO, Fernando. **Direito Penal Parte Geral**. Rio de janeiro: Impetus, 2004, p. 609; GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 4ª edição, Rio de janeiro: Impetus, 2004, p. 621; NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 230 e 231.

37. Outra parcela da doutrina defende que **se pode considerar por analogia a quantidade de pena prevista no Código Eleitoral, art. 285, no Código Penal Militar, art. 73, e no Código Penal de 1969, segundo os quais o aumento ou a diminuição para as agravantes e atenuantes, no caso de não prever a lei o quanto específico, é de 1/5 a 1/3 da pena-base para cada uma delas** (JORGE, Mário Helton. **A quantificação da pena em face das circunstâncias**, p. 5.Disponível em <htjus.com.br/revista/doutrina/imprimir.asp?id=5095">tp://[jus.com.br/revista](http://jus.com.br/revista)/doutrina/imprimir.asp?id=5095> Acesso em 12 abr. 2013; FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de janeiro: Forense, 1995, p. 102.).

38. Como se vê, existem critérios objetivos para se quantificar a pena-base e as circunstâncias agravantes eventualmente existentes em um determinado caso concreto, competindo a partir de agora verificar se nos autos em epígrafe os mesmos foram observados, o que, é fato, desde já adiantamos que não.

***b) do equívoco do Juiz-Presidente na fixação da pena do réu MIZAEL BISPO DE SOUZA:***

39. Em que pese este subscritor tenha se manifestado, inclusive publicamente, que a sanção final estabelecida pelo magistrado ficou mesmo dentro de um patamar esperado e razoável, é fato que, após uma análise rigorosamente técnica e bastante detalhada da r. sentença prolatada, concluímos que aquela poderia ter sido melhor e mais elevada.

40. Por proêmio, importante ressaltar que o sentenciante laborou em ligeiro equívoco (por ocasião da fixação da pena-base) ao considerar em desfavor do recorrido somente 06 (seis) das 08 (oito) circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP. Muito embora a análise desses 06 (seis) aspectos tenha sido muito bem feita pelo Juiz-Presidente (todas em prejuízo do réu), é fato que o mesmo acabou dizendo que o apelado não era portador de maus antecedentes e que sua conduta social era desconhecida do julgador (fls. 3.957). Em outras palavras, duas circunstâncias judiciais militaram em favor do demandado (antecedentes e conduta social), o que, a nosso ver, é algo equivocado.

41. Como sabido, a doutrina e a jurisprudência são majoritárias no sentido de que, para efeitos de maus antecedentes, considera-se tudo aquilo que consta na folha corrida do réu, sem qualquer distinção. Como diz ROBERTO LYRA, ***“os precedentes penais caracterizam a reincidência, mas os processos arquivados ou concluídos com a absolvição, sobretudo por falta de provas, os registros policiais, as infrações disciplinares e fiscais, podem ser elementos de indiciação veemente”*** (**Comentários ao Código Penal**, v. 2, p. 211). E, igualmente, opina CERNICCHIARO: ***“O julgador, porque fato, não pode deixar de conhecer e considerar outros processos findos ou em curso, como antecedentes, partes da história do réu. Urge integrar a conduta ao* modus vivendi *anterior. Extrair a conclusão coerente com o modo de ser do acusado. Evidentemente com a necessária fundamentação para que se conheça que não ponderou como precedente o que é só antecedente penal”*** (**Direito penal na Constituição**, p. 116).

42. Quanto à jurisprudência, o mesmo se verifica: ***“Antecedentes são todos os fatos ou episódios da* vita anteacta *do réu, próximos ou remotos, que possam interessar, de qualquer modo, à avaliação subjetiva do crime. Réu que tem contra si inquéritos policiais em andamento, embora primário, não pode ser considerado possuidor de bons antecedentes” (TJSP, HC 144.125-3/2, 2ª C., rel. Renato Talli, 28.06.1993).*** E mais: ***“Homem de bem, realmente, não marcaria com tal freqüência presença no campo das investigações da polícia e da justiça penal” (TJSP, HC 149.906-3/3, São Paulo, 5ª C., rel. Dirceu de Mello, 19.08.1993, v.u.)***; STF: ***a) Inquérito policial contra o réu por tráfico de entorpecentes. Fixação da pena acima do mínimo por conta disso e também pela elevada quantidade de cocaína apreendida (HC 73.878-SP, 1ª T., rel. Moreira Alves, 18.06.1996, v.u.)***; ***b) Inquéritos e processos penais podem ser levados como maus antecedentes (HC 73.394-SP, 1ª T., rel. Moreira Alves, 19.03.1996, v.u.); c) 60 inquéritos instaurados e 20 ações penais (8 em grau de recurso pela defesa) são maus antecedentes, inclusive para aumentar a pena (HC 73.297-SP, 2ª T., rel. Maurício Corrêa, 06.02.96, v.u.); d) Vários inquéritos em andamento e uma condenação sem trânsito em julgado: maus antecedentes (HC 72.130-RJ, 2ª T., rel. Marco Aurélio, 22.04.1996, v.u); TJSP: HC 288.405-3, Bauru, 3ª C., rel. Walter Guilherme, 10.08.1999, v.u., JUBI 38/99.***

43. Ora bolas, no caso em epígrafe, temos que o réu MIZAEL BISPO DE SOUZA pode sim ser tido como possuidor de **maus antecedentes**, visto que já se envolveu em **outros episódios policiais, inclusive por agressões e ameaças contra mulheres, o que, infelizmente, não inibiu seus ímpetos violentos, tanto que acabou por matar a sua ex-namorada** neste feito, não lhe servindo de aprendizado os dissabores investigatórios já experimentados no passado (fls. 39/40). Aliás, o próprio magistrado sentenciante, por ocasião de sua decisão de pronúncia (fls. 2.084), assim também se manifestou (pelos maus antecedentes do apelado), não sendo correto, portanto, aduzir em um determinado sentido no momento de se decretar a prisão preventiva e em outro diametralmente oposto por ocasião da fixação da pena-base. Cristalino, pois, que também essa circunstância (antecedentes) deveria ter sido sopesada em desfavor do recorrido, aumentando-se ainda mais a sua sanção na primeira fase de fixação.

44. O mesmo se diga em relação à conduta social, também desprezada pelo magistrado na análise da pena-base. Com efeito, depreende-se dos autos em questão, desde o seu início, inclusive por intermédio dos próprios interrogatórios, que os demandados em testilha sempre se dedicaram à **atividade ilícita de segurança particular armada**, esta sem autorização das autoridades competentes e em **dissonância com os próprios regramentos da Polícia Militar do Estado de São Paulo**, órgão este ainda vinculado ao réu MIZAEL, eis que reformado e remunerado por tal corporação. Para piorar ainda mais, também é fato certo e incontroverso que o recorrido em questão gerenciava e coordenava esses tais “bicos” de segurança irregulares, utilizando-se para tanto de pessoas também inabilitadas para a função (fls. 348/352 e 435/437), incentivando e propagando, inclusive, a prática do crime de porte ilegal de arma de fogo. Ora, se isso não for considerado conduta social desregrada (como já foi pelo próprio magistrado – fls. 2.085), certamente então este subscritor não sabe mais o que isso significa.

45. Em resumo, todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal são desfavoráveis ao réu, **razão pela qual a sua pena-base deveria ter sido fixada em exatos 21 (vinte e um) anos de reclusão**. Ressalte-se que o critério aqui adotado é aquele já exposto no início dessas razões de apelação, tendo sido providenciado um aumento de 1/8 para cada uma das circunstâncias judiciais desfavoráveis do art. 59 do CP, fração essa a ter por base de cálculo o montante entre a pena mínima do homicídio qualificado (12 anos) e a pena média desse mesmo delito (21 anos), conforme critério aduzido no item “a” desse petitório. Para simplificar o entendimento, basta aduzir que a pena-base do réu tem que ser o equivalente à pena média do crime perpetrado, isso porque **todas** as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP lhe são desfavoráveis.

46. Pois bem, partindo-se então dessa pena-base (21 anos), necessário verificar agora se o aumento providenciado pelo magistrado por conta da agravante reconhecida foi mesmo o melhor dentre aqueles possíveis e objetivos. E, a exemplo dos pequenos equívocos ocorridos na primeira fase de fixação da reprimenda, é certo que aqui também alguns deles ocorreram.

47. Com relação à desconsideração da qualificadora do motivo torpe (para se evitar *bis in idem*), bem como quanto ao fato do recurso que dificultou a defesa da ofendida (qualificadora) ter sido utilizado como agravante genérica (fls. 3.960), é fato que nada temos a nos insurgir, vez que escorreito o entendimento do nobre magistrado, este amparado na doutrina e na jurisprudência pátria, bem como na própria legislação (CP, art. 61, II, “c”).

48. Contudo, com relação ao aumento providenciado por esta agravante genérica (recurso que dificultou a defesa da vítima – dissimulação), temos que ele foi por demais benevolente (apenas 1 ano).

49. Consoante já analisado no item “a” destas razões (pontos 36 e 37), a utilização de números absolutos para o aumento da pena nessa etapa não é o mais recomendável, havendo posicionamentos no sentido de que ele deva se dar por frações, estas variáveis entre 1/6, 1/5 ou 1/3, a depender do entendimento que se tenha. Se aplicarmos por analogia o menor aumento do Código Penal para as causas majorantes ali expressamente determinadas, este aumento será de 1/6. Se aplicarmos por analogia o menor aumento previsto para as agravantes no Código Eleitoral ou no Código Penal Militar, a fração para cada uma delas será de 1/5. De qualquer modo, uma coisa é certa: **Seja lá qual fosse a fração e o entendimento adotados, a pena final ficaria maior do que aquela efetivamente fixada.**

50. **Se aplicarmos 1/5 pela agravante** reconhecida (dissimulação), isto sobre a pena-base apurada no ponto 45 (21 anos), **a pena final seria 25 (vinte e cinco) anos, 02 (dois) meses e 12 (doze) dias**. Se, por outro lado, **aplicarmos a fração de 1/6 pela mesma dissimulação**, esta sobre a mesma pena-base que entendemos a correta (ponto 45 – 21 anos), **a sanção definitiva seria então de 24 (vinte a quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão** (para nós, a reprimenda ideal no caso ventilado).

51. Consoante já dito, independentemente do entendimento que se tenha sobre o aumento devido a título de cada uma das agravantes (1/6 ou 1/5), a sanção final teria que ser superior.

52. Aliás, **o mesmo pode ser dito no caso de se considerar a pena-base escorreita e passível de manutenção**. Aplicando-se a **fração de 1/5 ou 1/6 sobre os 19 (dezenove) anos fixados** como pena-base pelo magistrado, teríamos uma sanção final, respectivamente, de **22 (vinte e dois) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias**, ou então de **22 (vinte e dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão.** Ambas também maiores que os 20 (vinte) anos finais fixados!!

53. Por fim, **adotando-se os critérios estabelecidos no item “a” destas razões para a fixação da pena-base** (pontos 30 e 31), e **mantendo-se a assertiva do magistrado de que apenas 06 (seis) das 08 (oito) circunstâncias judiciais do art. 59 do CP são desfavoráveis ao réu**, é fato que, **também assim, a reprimenda final do apelado MIZAEL deveria ser maior**, tal como demonstrado logo a seguir.

54. Se a pena média do homicídio qualificado é 21 (vinte e um) anos, a diferença desta para a pena mínima é de 09 (nove) anos. Este montante dividido por 08 (oito) – ponto 30 acima – equivale a 01 (um) ano, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias. Como são 06 (seis) as circunstâncias desfavoráveis em face do demandado na etapa do art. 59 do CP, a majoração sobre a pena mínima teria de ser então de 06 (seis) anos e 09 (nove) meses. Como a pena mínima do homicídio qualificado é de 12 (doze) anos, a pena-base subiria então para 18 (dezoito) anos e 09 (nove) meses de reclusão. Sobre esse último montante aplicaríamos as frações de 1/5 ou 1/6, a depender do entendimento adotado (por conta da agravante da dissimulação), chegando-se à pena final, respectivamente, de **22 (vinte e dois) anos, 04 (quatro) meses e 06 (seis) dias**, ou então de **21 (vinte e um) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.**

55. Trocando em miúdos, é certo que temos ao menos **seis** diferentes sanções finais possíveis para o caso em tela[[2]](#footnote-2), a depender do entendimento adotado, mas **todas elas maiores** do que aquela efetivamente fixada pelo magistrado[[3]](#footnote-3), o qual, muito embora tenha sido brilhante em quase todos os momentos de sua fundamentação, acabou pecando em alguns poucos critérios, os quais, todavia, comprometeram a reprimenda final fixada, esta a transmitir para a sociedade uma sensação de impunidade mesmo tendo havido a condenação do apelado.

***c) dos pedidos***

56. Ante o exposto, impõe-se o conhecimento e o subseqüente **PROVIMENTO** do presente recurso de apelação interposto para, com fundamento no artigo 593, inciso III, alínea c, do Código de Processo Penal, majorar-se a sanção estabelecida ao réu MIZAEL BISPO DE SOUZA, tudo por ser medida da mais lídima e escorreita **JUSTIÇA!**

Guarulhos, 12 de abril de 2013.

**RODRIGO MERLI ANTUNES**

Promotor de Justiça

1. Argumentação embasada no artigo jurídico de: SOARES, Fabrício Antonio. Critérios para a fixação da pena-base e da pena provisória. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 11](http://jus.com.br/revista/edicoes/2006), [n. 920](http://jus.com.br/revista/edicoes/2006/1/9), [9](http://jus.com.br/revista/edicoes/2006/1/9) [jan.](http://jus.com.br/revista/edicoes/2006/1) [2006](http://jus.com.br/revista/edicoes/2006) . Disponível em: <[http://jus.com.br/revista/texto/7762](http://jus.com.br/revista/texto/7762/criterios-para-a-fixacao-da-pena-base-e-da-pena-provisoria)>. Acesso em: 12 abr. 2013. [↑](#footnote-ref-1)
2. 25 anos, 2 meses e 12 dias; 24 anos e 6 meses (a ideal, a nosso sentir); 22 anos, 9 meses e 18 dias; 22 anos, 4 meses e 6 dias; 22 anos e 2 meses; e 21 anos, 10 meses e 15 dias. [↑](#footnote-ref-2)
3. 20 anos. [↑](#footnote-ref-3)