



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000405219

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500338-10.2024.8.26.0631, da Comarca de Amparo, em que é apelante JOÃO VITOR DOS REIS DAINEZ, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento ao recurso para, apenas quanto ao delito de roubo, diminuir a elevação da pena-base para 1/5 e reconhecer a atenuante da confissão espontânea, redimensionando-se a respectiva pena para quatro (4) anos de reclusão e pagamento de dez (10) dias-multa, bem como afastar a indenização mínima fixada com fundamento no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, mantidos os demais termos da respeitável sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos. V.U.**, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente) E GUILHERME G. STRENGER.

São Paulo, 28 de abril de 2025.

TETSUZO NAMBA

RELATOR

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 16400

Apelação Criminal nº 1500338-10.2024.8.26.0631

Comarca: 1ª Vara de Amparo

Juiz de Direito: doutor Fernando Leonardi Campanella

Apelante: João Vitor dos Reis Dainez

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Ementa: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO E RESISTÊNCIA. PARCIAL PROVIMENTO.

I. CASO EM EXAME

1. João Vitor, menor de 21 anos, foi condenado a cinco anos de reclusão em regime fechado e quatro meses de detenção em regime aberto, além de multa e indenização à vítima, por roubo e resistência. Em 10.8.2024, em Amparo/SP, subtraiu, mediante violência, o celular de L. F. B. e resistiu à prisão, entrando em luta corporal com o policial Diego Ferraz Fagundes de Oliveira.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

1. A questão em discussão consiste em: (i) a desclassificação do crime de roubo para furto; (ii) a absolvição do delito de resistência por atipicidade de conduta; (iii) a redução das penas; (iv) o reconhecimento das atenuantes da menoridade relativa e confissão espontânea; (v) a fixação do regime inicial aberto; e (vi) a substituição das penas corporais por restritivas de direitos.

III. RAZÕES DE DECIDIR

1. A materialidade e autoria dos delitos foram comprovadas por provas documentais e testemunhais. A confissão parcial do apelante não convence quanto à negativa de violência e resistência.

2. A desclassificação para furto é incabível, pois a violência foi comprovada. A absolvição por resistência é improcedente, pois o apelante tinha ciência da função do policial e opôs-se à prisão.

IV. DISPOSITIVO E TESE

1. Recurso parcialmente provido para reduzir a pena do roubo e afastar a indenização mínima. Mantidos os demais termos da sentença.

2. *Tese de julgamento:* 1. A confissão parcial não afasta a violência comprovada. 2. A resistência foi caracterizada pela oposição à prisão em flagrante.

LEGISLAÇÃO CITADA:

Código Penal, arts. 157, 329, 28, 44, 61, 69, 339; Código de Processo Penal, arts. 387, 188, 33.

JURISPRUDÊNCIA CITADA:

STJ, AgInt no HC 541963/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 18.2.2020; STJ, AgRg no AREsp 1449050/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 23.4.2019; STJ, HC 490375/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 11.4.2019; STJ, AgRg no HC n. 605.090/MS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 21.9.2021; STF, HC nº 70.289-SP, Rel. Min. Sidney Sanches, RTJ,148:490; Apelação Criminal nº 1500073-78.2019.8.26.0341, Rel. Des. Guilherme G. Strenger, j. 6.11.2019; Apelação Criminal nº 1501027-34.2018.8.26.0544, Rel. Des. Salles Abreu, j. 13.11.2019; Apelação Criminal nº 3003515-51.2013.8.26.0320, Rel. Des. Maria Tereza do Amaral, j. 13.11.2019; Apelação Criminal nº 0003097-41.2017.8.26.0542, Rel. Des. Aben-Athar de Paiva Coutinho, j. 13.11.2019; Apelação Criminal nº 0000046-97.2018.8.26.0150, Rel. Des. Xavier de Souza, j. 13.11.2019; Apelação Criminal nº 0093994-73.2016.8.26.0050, Rel. Des. Guilherme G. Strenger, j. 23.10.2019.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 98/99

O apelante, **João Vitor** (menor de 21 anos, fls. 12), foi condenado à pena de cinco (5) anos de reclusão, em *regime inicial fechado*, e pagamento de doze (12) dias-multa, no valor mínimo, além de indenização mínima em prol da vítima, no valor de R\$ 1.200,00, nos termos do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, como incurso no **artigo 157, “caput”, do Código Penal**, e quatro (4) meses de detenção, em *regime inicial aberto*, como incurso no **artigo 329, “caput”, do Código Penal**, sem poder apelar em liberdade, com recomendação de permanecer no cárcere, porque no dia 10.8.2024, por volta das 19 horas e 30 minutos, na Rua Doutor Vasco de Toledo, nº 300, Centro, Amparo/SP, subtraiu, para si, mediante violência, o celular de L. F. B.; e, nas mesmas circunstâncias de tempo e local, opôs-se à execução de ato legal, mediante violência contra funcionário público competente para executá-lo. A vítima andava sozinha na calçada quando o recorrente aproximou-se dela,

dizendo “moça”. A seguir, ele foi para cima dela e tentou pegar o aparelho celular que ela segurava. A vítima gritou por socorro, oportunidade em que o apelante segurou-a pelo cabelo e empurrou-a, puxando o celular de sua mão e correndo. Na ocasião, o policial militar Diego Ferraz Fagundes de Oliveira retornava para sua casa acompanhado de sua esposa, também policial militar, e, no trajeto, viu o recorrente anunciando o roubo para a vítima, mediante violência e grave ameaça. O policial Diego parou seu veículo, desembarcou e identificou-se como policial militar, determinando que ele cessasse a injusta agressão. Nesse momento, o recorrente investiu contra Diego e entrou em luta corporal com ele. Durante o embate, ele tentou subtrair a arma do policial e houve um disparo de arma de fogo de forma involuntária. Após o disparo da arma de fogo, o policial Diego conseguiu dominar o apelante e contê-lo.

Nas razões da apelação apresentada pela ilustre Defesa, sustentou-se **a)** absolvição do delito de resistência por atipicidade de conduta, pois o recorrente foi induzido a erro; **b)** desclassificação do crime de roubo para a rubrica de furto; **c)** redução das penas; **d)** reconhecimento das atenuantes da menoridade relativa e confissão espontânea; **e)** fixação do regime inicial aberto; e **f)** substituição das penas corporais por restritivas de direitos (fls. 124/132).

Contrarrazões a fls. 139/144, com requerimento para manutenção da respeitável sentença.

Trânsito em julgado para o Ministério Público em 27.1.2025 (fls. 135).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo não provimento do recurso (fls. 164/174).

A prova oral foi colhida e registrada por meio audiovisual no SAJ, fls. 96.

II - Fundamentação

O apelo comporta parcial provimento, respeitando o entendimento do culto e dedicado Magistrado, doutor Fernando Leonardi Campanella.

A *materialidade delitiva* foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante de fls. 1/5, boletim de ocorrência de fls. 6/8, auto de exibição, apreensão e entrega de fls. 10 e prova oral colhida ao longo da instrução criminal, subtraiu-se bem com valor econômico e resistiu-se à execução de ato legal mediante violência contra funcionário competente para executá-lo.

A *autoria* é atribuível ao recorrente.

No distrito, **ele ficou em silêncio** (fls. 5).

Em Juízo, **o apelante confessou parcialmente os fatos**. Estava viciado em crack e seu pai levou-o a Amparo para interná-lo em uma clínica. No caminho, pediu para seu pai parar o carro para ir ao banheiro. Quando ele parou, o interrogando fugiu, pois estava muito dependente da droga. Consumiu mais droga e, **por volta das 19 horas, viu a vítima, atravessou para a calçada onde ela estava e pegou o celular dela, mas não a agrediu**. Quando puxou o celular, o policial aproximou-se e falou: “para, para, para”. Assustou-se e saiu correndo. **O policial foi atrás do interrogando e deu-lhe um mata-lesão. A seguir, ele pegou a arma de fogo, efetuou um disparo e disse: “é polícia, fica quieto”. Deitou-se no chão e foi rendido. Não agrediu o policial. Ele somente se identificou após o disparo da arma de fogo. Não empurrou ou puxou os cabelos da vítima**. Já foi internado em uma clínica de Mogi-Guaçu. Tem 20 anos.

A embriaguez (voluntária) não pode servir como subterfúgio para a

prática de crimes. Caso contrário, bastaria o consumo de bebida alcoólica ou drogas para praticar os delitos e, então, eximir-se de responsabilidade penal.

Não é demais lembrar que o artigo 28, do Código Penal estabelece que a *embriaguez* e a ingestão de droga apenas eximem o agente de responsabilidade se advierem de caso fortuito (quando, por exemplo, desconhecia que estava consumindo substância alcoólica) ou força maior (tenha sido forçado a consumir o produto que lhe retirou a capacidade de autodeterminação), inexistentes na situação em comento.

A esse respeito, confira-se o seguinte julgado desta Colenda 11ª Câmara de Direito Criminal: “Outrossim, imperioso anotar que a embriaguez, voluntária ou culposa, não exclui a imputabilidade penal e, em sendo absoluta, há que se comprovar ser originária de caso fortuito ou de força maior, o que não é o caso dos autos.” (*Apelação Criminal nº 1500073-78.2019.8.26.0341* - Relator Desembargador Guilherme G. Strenger - J. em 6.11.2019).

O interrogatório, hodiernamente, principalmente depois da possibilidade da intervenção das partes solicitando esclarecimentos, artigo 188 do Código de Processo Penal, com redação determinada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003, além de ser meio de defesa, também é de prova, ou seja, serve para a formação de convicção judicial, com livre apreciação (artigo 157 do Código de Processo Penal). Já era tido dessa maneira (RT 491/362) e, na doutrina, lembrar o ensinamento do saudoso Paulo Lúcio Nogueira: “O *interrogatório* é tanto *meio de prova* como de *defesa*, pois, ao ser interrogado, o réu fornece elementos indispensáveis para esclarecimento de sua conduta, e que serão devidamente analisados pelo juiz, tratando-se assim de *meio de defesa* e de *prova*, visto que será examinado com o conjunto probatório e não isoladamente” (*Curso completo de processo penal*. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 151).

A confissão da subtração do celular pode ser aceita, mas a

negativa da violência contra a vítima e da resistência não convencem.

A vítima L. declarou que retornava do trabalho para sua casa e falava com o namorado ao celular, ocasião em que **o recorrente abordou-a dizendo “moça” e fazendo gesto para que encerasse a ligação. Depois, ele partiu para cima da declarante e tentou tomar seu celular, mas relutou em entregá-lo, pois estava desbloqueado e com seus documentos. Nesse momento, o apelante empurrou-a até perder a força e bater as costas na parede, conseguindo pegar seu celular e sair correndo. Quando ele partiu para cima da declarante, gritou “socorro” e os policiais que estavam na rua notaram que acontecia algo errado. Quando o recorrente correu com seu celular, o policial desembarcou do carro e correu atrás dele. O apelante tentou lutar com o policial, a fim de fugir, mas o agente da lei conseguiu imobilizá-lo, ocasião em que seu celular caiu ao chão e a declarante conseguiu recuperá-lo. Viu a resistência de longe, pois estava escuro e a declarante sem óculos. Não conhecia o recorrente. Na Delegacia, reconheceu-o como sendo o autor do roubo, até porque foram conduzidos juntamente para o Distrito Policial (5'02”). Em razão dos fatos, ficou traumatizada. Não anda mais com o celular na mão nem atende ligações na rua, usando o aparelho somente em sua casa e em seu trabalho. Em razão da queda, a tela de seu celular ficou trincada. Durante o embate do recorrente com o policial, houve um disparo de arma de fogo. Acredita que o apelante tenha se assustado e, assim, o policial conseguiu imobilizá-lo.**

A vítima confirmou a subtração do celular e a violência física empregada para tanto, pois afirmou que o recorrente partiu para cima dela e empurrou-a contra a parede, até perder a força e ele conseguir tomar-lhe o aparelho. Além disso, ela esclareceu que reconheceu o apelante na Delegacia como sendo o autor do crime, até porque acompanhou toda a detenção e foi juntamente com ele para o Distrito Policial.

Ela não teria motivos para incriminar um inocente. Caso fizesse isso,

incidiria em outro crime, previsto no artigo 339 do Código Penal (denúnciação caluniosa). Por isso mesmo, doutrina e jurisprudência dão muita valia a suas palavras. (*Apelação Criminal nº 1501027-34.2018.8.26.0544* - 11ª Câmara de Direito Criminal - Relator Desembargador Salles Abreu - J. em 13.11.2019; *Apelação Criminal nº 3003515-51.2013.8.26.0320* - 11ª Câmara de Direito Criminal - Relatora Desembargadora Maria Tereza do Amaral - J. em 13.11.2019; *Apelação Criminal nº 0003097-41.2017.8.26.0542* - 11ª Câmara de Direito Criminal - Relator Desembargador Aben-Athar de Paiva Coutinho - J. em 13.11.2019; *Apelação Criminal nº 0000046-97.2018.8.26.0150* - 11ª Câmara de Direito Criminal - Relator Desembargador Xavier de Souza - J. em 13.11.2019 e *Apelação Criminal nº 0093994-73.2016.8.26.0050* - 11ª Câmara de Direito Criminal - Relator Desembargador Guilherme G. Strenger - J. em 23.10.2019).

Diego policial militar, depôs que retornava para sua casa e viu o recorrente atravessando a rua e dirigindo-se a uma jovem que caminhava no sentido oposto. **Quando estava a cerca de 10 metros, visualizou o apelante investindo contra a vítima, que estava com o celular na mão, mediante o uso de violência física. Ele pegou-a pelos cabelos e tomou o celular da mão dela.** O depoente estava com sua mulher e, diante do ocorrido, **desembarcou do veículo, identificou-se como policial militar e deu voz de prisão. O recorrente correu e o depoente foi atrás dele. Quando se aproximou, ele investiu contra o depoente e verificou que estava portando armamento na mão direita. Entraram em luta corporal e o apelante tentou arrebatá-la arma de fogo, causando um disparo acidental. Conseguiu contê-lo e sua esposa foi ao seu apoio, momento em que o celular da vítima foi recuperado.** Acompanhou desde a abordagem e subtração do celular e a detenção do recorrente. Sofreu apenas escoriações. Acionou o policial José Eduardo, que conduziu o apelante à Delegacia.

O policial Diego presenciou o apelante subtraindo o celular da vítima mediante emprego de força física e confirmou que, ao identificar-se como policial

e dar voz de prisão, ele correu, razão pela qual foi atrás dele e, quando conseguiu alcançá-lo, o recorrente investiu contra ele e entraram em luta corporal, durante a qual ele tentou pegar sua arma de fogo, ocorrendo o disparo acidental, certo que, somente então, conseguiu imobilizá-lo.

José Eduardo, policial militar, afirmou que **recebeu solicitação da esposa do Cabo Fagundes em razão de um roubo em andamento**. Dirigiu-se ao local e o Cabo Fagundes estava com o indivíduo detido, imobilizado no chão. **Ele contou-lhe que o indivíduo tentou roubar uma vítima e, durante a abordagem, tentou pegar a arma de fogo, ocorrendo um disparo, mas não atingiu ninguém. Em entrevista com a vítima, ela contou que estava caminhando pela rua quando o apelante abordou-a e, mediante violência, tomou o celular dela.** O Cabo Fagundes já havia dado voz de prisão ao recorrente, razão pela qual foi encaminhado ao pronto socorro e, depois, conduzido à Delegacia. Não conhecia o apelante. Ele disse que havia chegado naquele dia a Amparo e era usuário de drogas, o que motivou-o a praticar o roubo.

O policial José Eduardo esclareceu que chegou ao local após a detenção do recorrente, mas foi informado pela vítima que ele subtraiu o celular dela mediante violência física. Além disso, soube pelo policial Diego que, durante a abordagem, o apelante tentou pegar a arma de fogo dele, ocorrendo um disparo. Inexiste razão para rechaçar as suas narrativas, **prevalecendo a presunção de legitimidade dos atos em favor da segurança pública.**

Não há motivos para desmerecer os depoimentos. Ao contrário, destaque-se, desde já, o apelante não mostrou que quisessem prejudicá-lo gratuitamente. Inexiste indícios de que queiram mentir. Eles desejam, sim, apresentar o resultado de seu trabalho para inibir a disseminação de crimes.

Seria um contrassenso exigir que a polícia interviesse na proliferação

de infrações penais e, quando vem em Juízo, não dar credibilidade a palavras de seus agentes, que gozam da presunção de legitimidade, como servidores da segurança pública (artigo 144, incisos IV e V, da Constituição Federal).

A função de policiais civis é de polícia judiciária e apuração de infrações penais, exceto as militares (artigo 144, § 4º). Os policiais militares devem realizar a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública (artigo 144, § 5º). Não se verifica que os integrantes da Polícia Militar tenham desviado de suas atribuições.

Se fosse alguma situação de abuso de poder ou arbitrariedade, com certeza, nos tempos hodiernos, saber-se-ia de algo desde o início, porque no distrito existe uma grande preocupação com isso.

O celular subtraído foi encontrado em poder do recorrente. Assim, reforça-se ser o autor do roubo.

Cafferata Nores salienta que a posse da *res furtiva* é indício tanto mais unívoco e relevante para a inferência da autoria dos crimes subtrativos quanto mais próximos, no tempo e no espaço, o fato indiciário e o fato indicado (*La prueba en el proceso penal*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 184).

“Em tema de delito patrimonial, a apreensão da coisa subtraída em poder do réu gera a presunção de sua responsabilidade e, invertendo o ônus da prova, impõe-lhe justificativa inequívoca. A justificativa dúbia e inverossímil transmuda a presunção em certeza e autoriza o desate condenatório” (BMJ 91/6 e RJD 18/66).

A esse respeito, confira-se ainda o seguinte julgado: ***“A apreensão, ainda que de parte das coisas surrupiadas em poder do acusado, gera contra ele presunção de certeza em relação a autoria.”*** (RJDTACrimSP 27:180). No

mesmo sentido, JUTACRIM: 66/410, 98/260; RJDTACRIM 1/103, 6/132, 6/133, 6/134, 6/140, 8/96.

As provas são robustas e incriminam o recorrente pelos delitos de roubo e resistência.

Incabível a desclassificação do roubo para a rubrica furto.

A violência física ficou comprovada pelo dito pela vítima, pois afirmou que o recorrente, visando pegar seu celular, partiu para cima dela e empurrou-a até bater as costas contra a parede, momento em que perdeu as forças e ele conseguiu tomar-lhe o aparelho, em nada se equiparando, pois, à subtração praticada às escondidas, sem qualquer comportamento intimidatório, como no caso do furto.

E se a palavra da vítima é apta a comprovar a autoria do crime, também é suficiente, evidentemente, para demonstrar suas circunstâncias e modo de execução, notadamente quando não exista nada para demonstrar de forma contrária.

Incabível a absolvição do delito de resistência por atipicidade de conduta.

O policial Diego esclareceu que, ao desembarcar do veículo e aproximar-se do recorrente, identificou-se como policial e deu voz de prisão, oportunidade em que ele correu e, ao ser alcançado, investiu contra o policial, entrou em luta corporal e tentou tomar-lhe a arma de fogo, de sorte que não foi induzido a erro, pois tinha ciência da função de policial e opôs-se à prisão em flagrante, caracterizando, desse modo, o crime de resistência.

A pena do crime de roubo comporta reparo, mantida a do delito

de resistência.

Na primeira fase, a pena-base do crime de roubo pode ser elevada em 1/5, pelas circunstâncias e consequências do delito, pois o recorrente aproveitou-se da baixa luminosidade da via pública, do porte físico inferior da vítima e do fato de que ela caminhava sozinha e distraída falando ao celular para praticar o roubo, a evidenciar maior censurabilidade de sua conduta, sem olvidar que a vítima esclareceu que, em razão do trauma que suportou, usa o celular somente em casa e no trabalho, tendo-se quatro (4) anos, nove (9) meses e dezoito (18) dias de reclusão e pagamento de doze (12) dias-multa.

Quanto ao delito de resistência, a pena-base foi dobrada, diante da reprovabilidade acentuada do apelante, pois, ao resistir à abordagem, tentou tomar a arma de fogo do policial e, em razão disso, houve um disparo acidental, que poderia ter atingido alguém, tendo-se quatro (4) meses de detenção.

Pode-se ter discricionariedade na fixação da pena-base mais elevada, desde que fundamentada e proporcional à conduta lesiva, com dados concretos para tanto, não há critério matemático. No Excelso Superior Tribunal de Justiça: *AgInt no HC 541963/MG* - T5 - Quinta Turma - Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca - J. em 18.2.2020 - DJe em 28.2.2020; *AgRg no AREsp 1449050/DF* - T5 - Quinta Turma - Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca - J. em 23.4.2019 - DJe em 10.5.2019 e *HC 490375/SP* - T5 - Quinta Turma - Relator Ministro Jorge Mussi - J. em 11.4.2019 - DJe em 6.5.2019), apenas para ilustrar a assertiva.

Na segunda fase, imperativo o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea quanto ao delito de roubo, pois, ainda que parcialmente, ele admitiu esse delito, devendo incidir, desse modo, a Súmula 545 do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido: “Este Superior Tribunal entende que, se a confissão do acusado foi usada para corroborar o acervo probatório e fundamentar

a condenação, deve incidir a atenuante prevista no artigo 65, III, "d", do Código Penal, sendo irrelevante o fato de a confissão haver sido espontânea ou não, total ou parcial, ou mesmo que tenha havido posterior retratação. Inteligência da Súmula n. 545 do STJ.” (STJ - *AgRg no HC n. 605.090/MS* - T6 - Sexta Turma - Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz - J. em 21.9.2021 - DJe de 29.9.2021).

Assim, a pena do crime de roubo retorna ao patamar mínimo, pela presença das atenuantes da menoridade relativa (esta já reconhecida na respeitável sentença) e confissão espontânea: quatro (4) anos de reclusão e pagamento de dez (10) dias-multa.

Quanto ao delito de resistência, não se cogita de confissão, pois o apelante negou ter reagido, dizendo que o policial não se identificou como tal. Assim, a pena permaneceu no mesmo patamar, pela compensação entre a atenuante da menoridade relativa e a agravante do artigo 61, inciso II, alínea “b”, do Código Penal, pois a resistência foi cometida para assegurar a execução do roubo antecedente.

Na terceira fase, não há causas de diminuição ou aumento.

Ao final, há concurso material entre esses delitos, pois, mediante mais de uma ação, o apelante praticou dois crimes, decorrentes de desígnios autônomos e independentes, nos termos do artigo 69 do Código Penal, mas, por serem as penas de espécies diversas, não podem ser somadas, totalizando-se quatro (4) anos de reclusão e pagamento de dez (10) dias-multa e quatro (4) meses de detenção.

As penas são finais, pois mais nada as alteram. Cada dia-multa ficou no mínimo legal, pela condição insatisfatória econômica.

O regime é o inicial fechado para o roubo e inicial aberto para o

delito de resistência, pois punido com detenção.

Para fixação do regime inicial de cumprimento de pena, leva-se em conta **a)** previsão legal impondo regime inicial; **b)** quantidade da pena imposta; **c)** reincidência; **d)** circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP; **e)** gravidade concreta da execução do crime e, por fim, **f)** a periculosidade à sociedade.

Não há violação de dispositivo legal, artigo 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal, pois lá se colocou uma **faculdade, não uma obrigatoriedade**, ao Julgador. O condenado a pena superior a 4 anos e não excedente a 8 anos, "poderá", desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto.

Existe imposição no que tange ao regime fechado: "o condenado a pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado" (grifei).

"Não há, porém, direito subjetivo do condenado ao regime semiaberto. Deverá o juiz, diante do caso concreto, determinar o regime (semiaberto ou fechado) com observância dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal" (*Código penal interpretado*. MIRABETE, Júlio Fabbrini e Renato N. Fabbrini. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 144).

Em que pese o montante das penas e a primariedade do recorrente (fls. 71), ele praticou delitos concretamente graves, pois empurrou a vítima contra a uma parede, a fim de subtrair-lhe o celular, e, ao ser surpreendido pelo policial, investiu contra ele e tentou tomar-lhe a arma de fogo, certo que sua conduta provocou um disparo acidental e colocou em risco a vida de populares. Patente, pois, sua **periculosidade**, sendo prejudicial à sociedade, que deixa à mercê do medo e criminalidade.

Pode o juiz determinar o cumprimento inicial da pena em regime

fechado, tendo em vista a periculosidade do agente na prática do crime, uma vez que a concessão de regime mais brando é mera faculdade conferida ao julgador, conforme interpretação do artigo 33, § 2º, b, do CP (STJ, Resp 164.852-SP, 6ª T, j. 9.6.98, Relator Ministro Anselmo Santiago, in Revista dos Tribunais 759:584).

Nestas condições, regime diverso esbarra na literalidade de norma legal (artigo 33, §§ 2º e 3º, CP), como também não cumpre com sua função maior que é a prevenção da prática de novos crimes.

Cabe invocar ensinamento do STF: “A determinação do regime inicial de cumprimento da pena não depende apenas das regras do caput do artigo 33 e seu parágrafo 2º do Cód. penal, mas, também, de suas próprias ressalvas, conjugadas com o caput do artigo 59 e inciso III (RHC 64.970). E deve ser feita, nos termos do parágrafo 3º do artigo 33, com observância critérios previstos no artigo 59.” (*HC nº 70.289-SP* - 1ª Turma - Relator Ministro Sidney Sanches, in RTJ,148:490).

Dessa forma, retribui-se pela ação realizada; previne-se que não mais a cometa e outras infrações penais e ressocialize-se.

Ademais, inexistente ofensa às Súmulas 440 do Superior Tribunal de Justiça e 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, pois os regimes prisionais decorreram das circunstâncias dos crimes, e não de mera opinião do Magistrado.

Com a nova redação do artigo 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, na detração, pode ser feita escolha do regime. No caso, o tempo de prisão, suas condições objetivas e subjetivas, já comentadas, são sopesadas, deixando-se no regime eleito; acrescenta-se que se houvesse execução, provisória ou definitiva, esse juízo seria feito, necessariamente, sob pena de ter-se apenas uma operação aritmética, que não convém. Exige-se uma resposta pouco mais rigorosa, para não se desdenhar a extrema repulsa desse

tipo de infração penal, que tem seu índice aumentado. Não há crítica nesta assertiva, apenas a retratação do que vem ocorrendo. Não se quer, com o regime mais severo, consertar o "status quo" ou o porvir, apenas contribuir para a individualização real da sanção penal, com vista a uma prognose mais eficaz.

Incabível a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, pois o recorrente cometeu delito com violência contra pessoa, nos termos do artigo 44, "caput", inciso I, do Código Penal.

A indenização mínima deve ser afastada.

A questão referente à reparação civil dos danos deve ser debatida em Juízo próprio, ante a ausência de pedido expresso do Ministério Público na denúncia e nas alegações finais (fls. 49 e 8'05-12'04, do segundo vídeo de fls. 96), bem como em atenção ao princípio do contraditório, não estabelecido neste processo sobre o tema.

Guilherme de Souza Nucci, leciona que “admitindo-se que o magistrado possa fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal, é fundamental haver, durante a instrução criminal, um pedido formal para que se apure o montante civilmente devido. Esse pedido deve partir do ofendido, por seu advogado (assistente de acusação), ou do Ministério Público. A parte que o fizer precisa indicar valores e provas suficientes a sustentá-los. A partir daí, deve-se proporcionar ao réu a possibilidade de se defender e produzir contraprova, de modo a indicar valor diverso ou mesmo a apontar que inexistiu prejuízo material ou moral a ser reparado. Se não houver formal pedido e instrução específica para apurar o valor mínimo para o dano, é defeso ao julgador optar por qualquer cifra, pois seria nítida infringência ao princípio da ampla defesa” (*Código de processo penal comentado*. 9 ed. São Paulo: RT, 2009, p. 701).

Acrescente-se que esse posicionamento é o mais razoável, pois as partes devem saber sobre o que se debate e, ainda, eventualmente, solicitar, até mesmo, dano moral. Esse era o objetivo da norma, abreviar a indenização do lesado.

III - Conclusão

Ante o exposto, vota-se pelo parcial provimento do recurso para, apenas quanto ao delito de roubo, diminuir a elevação da pena-base para 1/5 e reconhecer a atenuante da confissão espontânea, redimensionando-se a respectiva pena para quatro (4) anos de reclusão e pagamento de dez (10) dias-multa, bem como afastar a indenização mínima fixada com fundamento no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, mantidos os demais termos da respeitável sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Recurso preso (fls. 106). A prisão deve persistir, pois, agora, existe uma condenação por respeitável sentença, com regime inicial fechado, tendo-se a necessidade do encarceramento para a manutenção da ordem pública e da aplicação a lei penal. Seria ilógico, aliás, manter a pessoa presa durante a tramitação processual e, no momento da convicção de sua responsabilização, deixá-la solta.

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.