**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.394.776 - SP (2018/0296178-5)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO RIBEIRO DANTAS** |
| AGRAVANTE | : | FELIPE NUNES PEREIRA |
| AGRAVANTE | : | RENATO DE OLIVEIRA SABINO |
| ADVOGADOS | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO<br>CAMILA PARONETTI SILVA - DEFENSORA PÚBLICA - SP291018 |
| AGRAVADO | : | MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO |

**DECISÃO**

Trata-se de agravo interposto por **FELIPE NUNES PEREIRA** e **RENATO DE OLIVEIRA SABINO** contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que não admitiu o recurso especial manejado com apoio no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, em oposição a acórdão assim ementado:

> "APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO QUALIFICADO E PORTE DE ARMA COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA - RECURSO DA DEFESA PRETENDENDO A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS - INVIABILIDADE - No crime de roubo, o depoimento da vítima, seguro e corroborado pelos demais elementos de prova, tem grande relevância para embasar decreto condenatório, máxime quando não se vislumbra nenhuma razão para ela incriminar falsamente os réus. Tendo o conjunto probatório se mostrado uníssono em demonstrar a prática do delito do artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, inviável a solução absolutória. Crime de mera conduta e de perigo abstrato - Crimes de porte de arma de fogo e de roubo que se consumaram em momentos completamente distintos, não tendo aquele sido mero crime-meio para este último. Condenação mantida. Recurso não provido." (e-STJ, fl. 561).

Nas razões do recurso especial (e-STJ, fls. 595-609), a defesa sustenta violação aos arts. 28 e 384, § 1º, ambos do Código de Processo Penal, sob o argumento de que o Juízo sentenciante, ao receber os memoriais ministeriais, e entender ser o caso de aditamento da denúncia, deveria proceder de acordo com o que dispõe o art. 384, § 1º, do CPP, o que não foi devidamente observado, pois, encerrada a instrução processual, se entender cabível nova definição jurídica, cabe ao Ministério Público aditar a denúncia dentro do prazo de 5 dias, o que não foi devidamente observado, razão pela qual, deve ser reconhecida a nulidade da sentença.

A defesa também alega violação ao art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, pois a pena foi aplicada em patamar inferior a 8 anos, e todas as circunstâncias judiciais foram reconhecidamente favoráveis aos recorrentes, sendo portanto, imperiosa a eleição do regime semiaberto para início do cumprimento de pena, pois não houve qualquer demonstração concreta da presença de circunstâncias extraordinárias ao tipo, capaz de fundamentar o regime inicial mais gravoso.

Alega inda divergência jurisprudencial, vez que o Tribunal de origem, apesar de reconhecer a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e alegar observância às circunstâncias concretas, fixou o regime fechado, com fundamento

unicamente na gravidade abstrata do delito. Sendo que em caso análogo, o Tribunal de Santa Catarina se manifestou no sentido de que, no caso de réu não reincidente condenado pelo delito de roubo, com pena inferior a 4 anos, deve ser fixada a pena em regime inicial aberto.

Requer o provimento do presente recurso com a devida reforma do acórdão recorrido para que sejam reconhecidas as nulidades apontadas, de forma que seja determinada a eleição do regime semiaberto para o cumprimento da pena.

Foram apresentadas contrarrazões (e-STJ, fls. 615-625).

O recurso foi inadmitido com fundamento nos óbices da Súmula n. 284/STF e por não terem sido demonstradas as circunstâncias que identificassem a alegada divergência jurisprudencial (e-STJ, fls. 628-629). Daí o presente agravo, no qual a defesa assevera não incindirem os óbices apontados (e-STJ, fls. 650-653).

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento e desprovimento deste agravo em recurso especial (e-STJ, fls. 670-677).

**É o relatório**.

Decido.

**a) Violação aos arts. 28 e 384, § 1º, ambos do Código de Processo Penal**

O Tribunal de origem afastou a alegada nulidade sob o fundamento de que, o termo inicial para a contagem do prazo de 5 dias para aditamento da denúncia se dá a partir da abertura de vista ao órgão ministerial, e não a data do encerramento da instrução criminal, prazo esse que foi devidamente observado, pois, a abertura de vista dos autos à acusação para eventual aditamento se deu em 13.1.2017, e o aditamento da inicial se deu em 17.1.2017, mostrando-se, pois, tempestivo.

Ademais, não há falar em nulidade do processo por ter o Magistrado aberto nova vista ao Ministério Público após a manifestação da defesa, porquanto "inexistente qualquer prejuízo aos réus, já que oferecida àquela a oportunidade de manifestação, respeitando, assim, os princípios do contraditório e da ampla defesa, devendo, portanto, ser adotado o princípio do *pas de nullité sans grief*".

Nota-se que o entendimento do Tribunal de origem, no sentido de que, o termo inicial do prazo para o aditamento é da data de abertura de vista dos autos ao Ministério Público, e não, da data do encerramento da instrução processual, e de que, ainda que o aditamento tivesse sido ofertado de forma intempestiva, tal circunstância, por si só, não atrairia a nulidade da sentença, ante a inexistência de demonstração de prejuízo concreto às partes, está em consonância com o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça.

A propósito, nesse sentido, confiram-se os seguintes precedentes:

> "[...]
> 1. O atraso de 8 (oito) dias na apresentação do aditamento à inicial acusatória constitui mera irregularidade, não existindo, ademais, efetivo prejuízo à defesa.
> [...]
> 3. Recurso a que se nega provimento." (RHC 72.712/CE, rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, j. 1º/9/2016, DJe 12/9/2016).
>
> "[...]
> I. Não há que se falar em inversão da ordem das fases processuais,

> quando se verifica que o *Parquet*, constatando irregularidade na denúncia, ofereceu o devido aditamento, o qual foi recebido pelo Juízo, tendo sido aberto prazo para manifestação da defesa, nos termos do art. 384 do Código de Processo Penal e, após, reaberto o prazo para as alegações finais.
> II. O aditamento da denúncia é cabível a qualquer tempo, desde que antes da prolação da sentença, consoante o disposto no art. 569 do Código de Processo Penal.
> III. Em se tratando de nulidade no Processo Penal, tem-se como princípio básico o disposto no art. 563 do CPP, ou seja, só se declara nulidade quando evidente, de modo objetivo, efetivo prejuízo para o acusado, o que não restou evidenciado in casu.
> [...]
> V. Recurso desprovido." (RHC 16.647/RS, rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, j. 18/11/2004, DJ 13/12/2004).
>
> "RESP. PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. ADITAMENTO.
> 1. A denúncia pode ser aditada, mesmo encerrada a instrução criminal e ainda que para atribuir ao acusado a prática de novos crimes, antes da sentença final. Uma vez prolatada esta não mais se admitirá o aditamento, sendo irrelevante o debate sobre o seu eventual trânsito em julgado ou não.
> 2. Recurso não conhecido." (REsp 242.467/MG, rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, j. 3/12/2001, DJ 4/2/2002).

**b) Violação aos arts. 33, §§ 2º e 3º, do CP**

Em relação ao recorrente **Renato de Oliveira Sabino**, mantido o *quantum* da pena em patamar superior a 8 anos, não há se falar em fixação do regime prisional no semiaberto, pois inviável a fixação de regime inicial diverso do fechado, o qual decorre da própria literalidade do art. 33, § 2º, "a", do Código Penal.

Já em relação ao recorrente **Felipe Nunes Pereira**, o Tribunal fixou o regime fechado sob os seguintes fundamento:

> "A despeito da pena-base ter sido fixada no mínimo legal, o regime estabelecido para o início do cumprimento da pena não pode ser outro, que não o fechado, pois a fixação de regime diverso (aberto ou semiaberto), não se mostra satisfatória à repressão do grave delito praticado, tendo em vista que o crime de roubo foi praticado em concurso de agentes, mediante grave ameaça à vítima, com emprego de arma de fogo, em via pública, o que gera grande insegurança social e, muitas vezes, tem consequências verdadeiramente trágicas, tudo evidenciando a ousadia e destemor dos réus, a demonstrar a necessidade da fixação do regime inicial fechado." (e-STJ, fls. 575).

No caso, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal foram consideradas favoráveis, tanto assim que a pena-base foi fixada no mínimo legal (4 anos de reclusão). Ademais, o agravante é tecnicamente primário e sua pena definitiva é igual a 4 anos de reclusão, mais multa.

Anote-se que "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir, exige motivação idônea" (Súmula 719/STF). Cumpre, ainda, ressaltar 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" (Súmula 718/STF).

Ademais, dispõe 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."

Como se vê, os entendimentos sumulados não foram observados.

Nesse sentido, precedentes desta Corte:

> "[...]
> - Segundo orientação deste Superior Tribunal de Justiça, quando configurada a ocorrência de concurso formal e crime continuado, aplica-se somente um aumento de pena, o relativo à continuidade delitiva. Precedentes.
> - 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 (enunciado n. 440 da Súmula do STJ) e, no mesmo sentido, os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF.
> - No caso dos autos, ao paciente primário, após a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, em razão da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, e a pena definitiva ter ficado nos patamares definidos no art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal, o regime inicial mais gravoso foi fixado sem fundamentação idônea, a atrair a incidência dos referidos enunciados sumulares.
> - *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente e fixar o regime inicial semiaberto."
> (HC 348.506/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 02/05/2016).

> "[...]
> 1. É inidônea a fixação de regime inicial mais severo com apoio apenas na opinião em abstrato do julgador quanto ao crime de roubo majorado, sobretudo quando o apenado é primário e a pena-base não vai além do mínimo legal, como na espécie. Súmula n. 440 do STJ.
> 2. A grave ameaça ou violência, o emprego de arma de fogo e o concurso de agentes são elementos inerentes ao tipo penal e à causa de aumento, não servindo para impor modo de resgate mais gravoso do que aquele previsto no artigo 33, § 2°, do CP, haja vista tais circunstâncias já terem sido sopesadas pelo legislador quando da definição das penas em abstrato.
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento."
> (AgRg no REsp 1563247/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 11/03/2016).

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do Código de Processo Civil, c/c art. 253, parágrafo único, II, "b", do Regimento Interno do STJ, **conheço** do agravo e **dou parcial provimento** ao recurso, a fim de estabelecer o regime prisional aberto para início de cumprimento da reprimenda de **FELIPE NUNES PEREIRA**, mantido os demais termos do acórdão combatido.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator