

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.550.151 - SP
(2019/0224751-4)**

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : AILTON SILVA DE OLIVEIRA
AGRAVANTE : ROBSON DE ARAUJO
ADVOGADOS : CLÁUDIO LÚCIO DE LIMA - DEFENSOR PÚBLICO -
SP127147
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

AILTON SILVA DE OLIVEIRA e ROBSON DE ARAUJO agravam de decisão que inadmitiu o recurso especial, fundado no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação n. 0000027-31.2017.8.26.0537

Depreende-se dos autos que os réus foram condenados a 6 anos e 5 meses de reclusão, em regime fechado, mais 15 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, do CP, por duas vezes, em concurso formal.

O Tribunal de origem negou provimento à apelação defensiva.

Nas razões do especial, alegou a defesa que o acórdão recorrido violou o art. 14, II, do CP, ao argumento de que não foi reconhecida a tentativa, apesar de os acusados não haverem chegado a ter a posse mansa e pacífica da *res furtiva*.

Sustentou contrariedade ao art. 33, § 3º, do CP, uma vez que foi imposto regime mais gravoso que o devido, mediante fundamentação inidônea.

Aduziu negativa de vigência ao art. 387, § 2º, do CP, pois não foi descontado do total da reprimenda o período cumprido pelos agentes em prisão cautelar.

Requeru seja aplicada a referida minorante, estabelecido o regime inicial semiaberto e realizada a detração da

sanção.

Não admitido o especial na origem e interposto o recurso de agravo, o Ministério Público Federal opinou pelo seu parcial provimento.

Decido.

O agravo é tempestivo e infirmou os fundamentos da decisão agravada.

O acórdão recorrido asseriu o seguinte:

A respeito das teses defensivas, observo que, de acordo com a dinâmica dos fatos narrados pelas vítimas e testemunhas, **os réus e outro agente não identificado ingressaram no estabelecimento comercial fazendo uso de arma de fogo e anunciando o assalto.** O proprietário da lanchonete e um cliente tiveram assim seus **bens subtraídos mediante grave ameaça.** Os assaltantes acondicionaram os bens em um saco plástico e levaram-no com eles. Ocorre que, **no momento em que os criminosos saíram do estabelecimento, foram surpreendidos por policiais que realizavam patrulhamento de rotina.** Dois dos assaltantes fugiram no interior de um GM/Meriva, de cor branca, deixando para trás os réus, que ao notarem a presença da polícia, dispensaram a sacola contendo os bens subtraídos e **saíram correndo a pé. Contudo sem sucesso, pois acabaram detidos.**

Tal dinâmica torna **imperativa a condenação por roubo consumado, haja vista a inversão da posse dos bens.** No mesmo sentido:

Súmula n. 582 do STJ: "Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada".

[...]

A respeito do regime inicial imposto, valorou o juízo *a quo* que **a gravidade concreta do delito** exigia uma resposta estatal mais enérgica, justificando assim a imposição do regime inicial fechado.

Com efeito, **o emprego de arma de fogo na empreitada,** embora considerado na terceira fase da dosimetria por

previsão legal, não deixa de configurar uma circunstância do crime (artigo 59) que **revela o alto grau de intimidação e o risco à vida das vítimas, podendo justificar a fixação de regime mais gravoso**, nos termos do artigo 59, III e artigo 33, § 3º, ambos do CP.

Assim, **mantém-se o regime mais gravoso** até mesmo ao acusado reincidente.

Do mesmo modo, **a redação do artigo 387, § 2º do CP**, não revogou os já mencionados artigos do Código Penal, pois **a escolha do regime inicial de cumprimento da pena não obedece, unicamente ao critério objetivo** (*quantum* imposto), mas **também ao subjetivo, o qual não é favorável aos acusados e bem se compatibiliza com o regime fechado**.

(fls. 260-262, destaquei)

No julgamento do **Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.499.050/RJ**, ocorrido em 14/10/2015, a Terceira Seção do STJ acolheu voto de minha relatoria para firmar: "Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desviada".

Na espécie, é incontroverso que os acusados subtraíram os bens das vítimas e empreenderam fuga a pé até serem detidos pelos policiais.

Nesse contexto, reitero que, de acordo com o entendimento consolidado desta Corte Superior, **houve a inversão da posse, mesmo que breve, razão pela qual o delito ocorreu em sua forma consumada, e não tentada.**

Quanto ao modo inicial de cumprimento da pena, este não está vinculado, de forma absoluta, à quantidade de reprimenda imposta. É dizer, para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as diretrizes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a gravidade concreta do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pela quantidade da pena.

Na espécie, o acórdão recorrido asseverou que o

emprego de arma de fogo justificaria a imposição do regime inicial fechado.

Embora o uso do armamento bélico não autorize, por si só, a modalidade mais gravosa de cumprimento inicial da pena privativa de liberdade, verifico que o Tribunal de origem registrou a **participação de terceiro indivíduo**, não identificado.

A toda evidência, **a subtração mediante grave ameaça perpetradas por três agentes** – número superior ao necessário para caracterizar o concurso – **é mais censurável, mormente se considerado também o emprego de arma de fogo**, por expor a maior perigo o bem jurídico tutelado, quando comparada, por exemplo, com um roubo cometido por somente um ou dois agentes. Ilustrativamente:

[...]

4. Não há ilegalidade na fixação do **regime inicial fechado** quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime – na espécie, **o emprego de arma de fogo e o concurso de quatro agentes** –, **ainda que os agentes sejam primários e o quantum da pena seja inferior a oito anos** (art. 33, § 3º, do CP).

5. Habeas corpus não conhecido. Liminar cassada.

(HC n. 273.499/SP, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 26/3/2015, grifei)

4. Não obstante a estipulação da reprimenda final em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, **encontra-se motivada a sujeição a regime mais gravoso** quando alicerçado em elementos concretos, a despeito desses não terem sido empregados na fixação da pena-base, estabelecida no mínimo legal. Na espécie, as instâncias de origem salientaram particularidade fática (**o crime de roubo foi cometido por quatro agentes**), **que evidencia um plus de reprovabilidade na conduta do paciente, impedindo o abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena.**

[...]

(HC n. 313.585/SP, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 13/4/2015, destaquei)

Assim, não se trata de referência à simples gravidade abstrata do delito, mas sim de **elementos concretos** dos autos que

evidenciam a maior censurabilidade da conduta delitiva, a justificar a imposição de regime inicial mais gravoso.

Por fim, **a defesa sustenta que as instâncias ordinárias deixaram de detrair da pena o tempo cumprido pelos réus em custódia cautelar.**

Entretanto, **não identifico no acórdão ou na sentença a indicação do período cumprido em prisão preventiva**, cuja apuração, nesta instância, demandaria revisão de matéria fático-probatória, vedada pela **Súmula n. 7 do STJ**, a impedir o conhecimento do recurso especial.

Diante do exposto, **conheço do agravo, a fim de conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento.**

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator