

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8007599-84.2023.8.05.0080 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: DAVID PEREIRA SACRAMENTO e outros Advogado (s): ANTONIO AUGUSTO GRACA LEAL registrado (a) civilmente como ANTONIO AUGUSTO GRACA LEAL, MARCUS VINICIUS OLIVEIRA RIOS, ANTONIO CARLOS ANDRADE LEAL, PEDRO CESAR GUIMARAES DOS SANTOS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E PELO CONCURSO DE PESSOAS (ART. 157, § 2º, II E § 2º-A, I, DO CP), POR QUATRO VEZES, EM CRIME CONTINUADO (ART. 71, DO CP). INSURGÊNCIA QUANTO À DOSIMETRIA PENA. REQUERIMENTO DE VALORAÇÃO DAS ATENUANTES DA MENORIDADE RELATIVA E DA CONFISSÃO. PEDIDO DE FIXAÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231 DO STJ. PLEITO DE APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PARA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. PROVIMENTO DO RECURSO, NO PARTICULAR, PARA APLICANDO-SE A DETRAÇÃO, FIXAR O REGIME SEMIABERTO PARA INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. IRRESIGNAÇÃO QUANTO AO INDEFERIMENTO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. SEM RAZÃO. DECISÃO DE MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR FUNDADA NA GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME, NO MODUS OPERANDI E NO RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DA PROCURADORIA PELO NÃO PROVIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. De pronto, calha destacar que o presente recurso tem como questão nuclear a dosimetria das penas aplicadas quando da prolação de sentença condenatória em razão da prática do crime tipificado no artigo 157, § 2º, II e § 2º-A, I, Código Penal (roubo majorado pelo concurso de pessoas e pelo emprego de arma de fogo), por 4 (quatro) vezes, na forma do art. 71, do Código Penal (crime continuado), além da não aplicação da detração penal para fixação do regime inicial do cumprimento da pena e na negativa de que os Réus pudessem recorrer em liberdade da sentença prolatada. 2. De acordo com a denúncia (id 57809961), no dia 24/03/2023, por volta das 21h00, no Bairro Capuchinhos, na cidade de Feira de Santana/BA, os Acusados, em comunhão de esforços e unidade de desígnios, subtraíram, para si, nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, uma motocicleta, três aparelhos celulares, uma carteira e dois capacetes, tendo como vítimas as pessoas de Alex Cabral dos Santos, Everaldo Chagas da Silva, Leandro Silva Santos e Antônio Carlos da Conceição Andrade. Depreende-se dos autos que no dia 24/03/2023, por volta das 22h20min, os policiais militares estavam de serviço quando foram informados, via CICOM, acerca de assalto praticado por dois indivíduos em uma moto preta nas imediações no bairro Parque Lago Subaé, ocasião em que, realizando ronda nas imediações, avistaram na Av. Presidente Dutra dois indivíduos em uma motocicleta com as mesmas características repassadas pelo CICOM, de forma que solicitaram parada a estes, ocasião em que, em revista pessoal, foi encontrada em poder do acusado ITALO SANTANA JESUS, que estava na carona da moto, uma arma de fogo tipo revólver calibre 32 com quatro munições, além de três celulares e em poder do réu DAVID PEREIRA SACRAMENTO, que pilotava a moto, foram encontrados dois celulares. Ao serem inquiridos acerca dos referidos bens, ambos os Acusados confessaram a prática de assalto a partir das 21h00, destacando que tanto a motocicleta que pilotavam, quanto os celulares, capacetes e a quantia de R\$ 57,00 (cinquenta e sete reais) que se encontravam em poder destes, eram produtos de roubos praticados naquela noite. 3. No dia 24/03/2023, os Acusados de posse de uma motocicleta objeto de roubo, em unidade de desígnios praticaram os crimes de roubo descrito na peça incoativa, sendo que o modus operandi se deu da seguinte

forma: na referida data, quando o ofendido Everaldo Chagas da Silva estava chegando em sua residência, localizada na Rua Corrente, no Bairro Subaé, os Acusados se aproximaram em uma motocicleta e o que estava na garupa, posteriormente identificado como o réu ÍTALO, apontando-lhe uma arma de fogo, anunciou o assalto, determinando que o entregasse o celular e a carteira, que foram levados; (ii) no mesmo dia, por volta das 22h00, a vítima Alex Cabral dos Santos estava saindo do seu trabalho quando foi abordado pelos Réus em uma moto, sendo que o que estava na garupa, de posse de uma arma de fogo, anunciou o assalto, obrigando-o a entregar-lhes seu aparelho celular que, dentro da capa, continha, ainda, a quantia de R\$ 265,00 (duzentos e sessenta e cinco reais); (iii) ainda na mesma data, por volta das 22h06min, o ofendido Lenadro Silva Santos, narrou que estava saindo do seu trabalho, no Colégio Luciana Ribeiro, Bairro Subaé, em sua motocicleta, quando foi “fechado” pelos Acusados, que estavam em uma moto, ocasião em que o carona, apontando-lhe uma arma de fogo e ameaçando-o de morte, exigiu que a Vítima descesse do seu veículo, tomaram-lhe de assalto seu aparelho celular, seu capacete e sua carteira, ambos empreendendo fuga em seguida, momento em que o Ofendido entrou em contato com a central 190 narrando o ocorrido. 4. Emerge dos autos que o Juiz sentenciante condenou os Apelantes a uma pena definitiva de 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, e 20 (vinte) dias-multa, no mínimo legal 5. O cerne do presente apelo gira em torno da dosimetria da pena, à aplicação do instituto da detração penal, ao regime inicial de cumprimento da pena, bem como que seja concedido aos Acusados o direito de recorrer em liberdade, sendo a pretensão recursal a reforma da sentença com vistas a: (i) aplicar a atenuante de confissão (art. 65, III, d, do CP); (ii) aplicar a atenuante da menoridade relativa ao apelante David (art. 65, I, do CP; (iii) fixação da pena base abaixo do mínimo legal pelo o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea; (iv) aplicação da detração penal, nos termos do art. 42, do CP; (v) alteração do regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto; (vi) a concessão do direito de recorrer em liberdade. 6. No ordenamento jurídico pátrio adota-se o sistema trifásico, composto das seguintes fases: na primeira, analisa-se as circunstâncias judiciais do crime; na segunda, as atenuantes e as agravantes; por fim, na terceira, considera-se quais são as causas de aumento e de diminuição. Nestas fases do cálculo da pena, o Magistrado atém-se a elementos que caracterizaram o crime, ao histórico e às características do agente. 7. Delimitando as questões trazidas à análise quando à dosimetria da pena, no presente caso a irresignação dos Recorrentes diz respeito à valoração da atenuante de confissão e à menoridade relativa do acusado Davi, que à época dos fatos contava com 18 (dezoito) anos de idade, mesmo que para isso a pena intermediária seja fixada abaixo do mínimo legal. 8. Compulsando detidamente os documentos que compõem o caderno processual, não logrei êxito em localizar qualquer documento hábil a comprovar a idade do Apelante Davi, seja cópia da certidão de nascimento, seja do RG ou qualquer outra documentação que o valha, o que impossibilitaria a análise da atenuante em comento. De mais a mais, destaque-se que, como constou da sentença primeva, tendo a pena-base sido fixada no mínimo legal, tal fato atrai a aplicação da Súmula 231, do STJ. 9. Quanto à atenuante da confissão, o art. 65, III, ‘d’, do Código Penal dispõe que: “São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (...) III) ter o agente: (...) d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime”. Do dispositivo, conclui-se que a confissão da autoria delitiva, desde que seja feita espontaneamente,

configura atenuante do crime. 10. In casu, os Réus confessaram, a autoria dos crimes perpetrados no dia 24/03/2023, sendo que as referidas confissões foram consideradas pelo Magistrado de origem como meio de prova para a prolação da sentença condenatória. Entretanto, o Juiz sentenciante, quando da segunda fase da dosimetria da pena, não aplicou a circunstância atenuante da confissão sob o fundamento da sua impossibilidade, tendo em vista que a pena-base foi fixada no mínimo legal, o que atrai a aplicação da já citada Súmula 231, do STJ. 11. Não assiste razão aos Apelantes, quanto ao pleito de fixação da pena intermediária aquém do mínimo legal, porquanto, atualmente, não se mostra possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a fixação da pena provisória em quantum inferior ao legalmente previsto como limite mínimo. 12. Em que pese a existência de discussão doutrinária acerca da (im) possibilidade de fixação da pena intermediária abaixo do mínimo legal, a doutrina majoritária se manifesta no sentido da impossibilidade e os Tribunais Superiores possuem entendimento consolidado nesse sentido, havendo, inclusive, a Súmula 231 do STJ, que conta com o seguinte texto: A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. 13. Desta feita, tratando-se de entendimento objeto de Súmula do STJ e de julgamento com repercussão geral no STF (RE 597270/RS), em observância ao regime jurídico introduzido pelo novo CPC (a exemplo do que dispõe os artigos 926 e 927, III e IV) que traz o dever de preservação de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente, de forma a se manter um ambiente decisório mais isonômico e previsível, com vistas, inclusive, à busca da materialização do princípio da segurança jurídica, curvo-me ao entendimento da impossibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal na segunda fase da dosimetria. 14. Com a edição da Lei nº 12.7935/12, que deu nova redação ao art. 387, do Código de Processo Penal, adveio importante alteração no que diz respeito à fixação do regime inicial do cumprimento da pena, tendo em vista que a mencionada alteração legislativa determinou que a detração fosse considerada pelo juiz ao proferir sentença condenatória, de modo que o referido instituto seria considerado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade. Percebe-se, assim, que a detração é, agora, levada em consideração em dois momentos: (i) no processo de conhecimento, pelo juiz sentenciante, única e exclusivamente para fins de fixação do regime inicial do cumprimento da pena; (ii) na execução penal, pelo juiz da execução, para os fins determinados nos artigos 66 e 111, da LEP. 15. Quanto à forma como deverá ser realizada a detração para fins de fixação da pena, filmamo-nos à corrente segundo a qual o parâmetro para fixação do regime inicial de cumprimento da pena é a pena final após a detração, de forma que é irrelevante averiguar se o tempo da custódia preventiva supera ou não o lapso mínimo para a progressão de regime. Ao nosso sentir, tal corrente traduz o espírito do legislador ao reformar a norma processual penal, buscando desde já, desde a prolação da sentença, desde o juízo de conhecimento, analisar a possibilidade de se atribuir regime menos gravoso ao réu que já se encontrava privado de sua liberdade, traduzindo-se na competência do juízo sentenciante sem afetar a do juízo da execução que, por sua vez, analisará, no momento oportuno, os requisitos para a progressão de regime. 16. Do decisum constou o seguinte trecho acerca da detração: Nos termos do § 2º, do art. 387, do Código de Processo Penal, anoto que os réus foram presos em 24.03.2023 e assim permanecem, o que não altera o regime de cumprimento das penas impostas. Porém, forçoso é o reconhecimento da necessidade de se reparar a sentença a quo no capítulo

em análise, uma vez que, tendo sido os Apelantes presos em flagrante no dia 24/03/2023 e a sentença tendo sido proferida em 18/12/2023, o período a ser detraído é de 8 (oito) meses e 6 (seis) dias, o que resultaria, para fins de fixação do regime inicial, em uma pena de 7 (sete) anos 7 (sete) meses e 24 (vinte e quatro dias), compatível, em tese, com o regime semiaberto. 17. Para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve-se levar em consideração além da pena definitiva, as circunstâncias judiciais valoradas, e também, conforme narrado acima, a detração do tempo que o apenado ficou privado preventivamente de sua liberdade. 18. Volvendo olhares para o caso em comento, constata-se que o Magistrado a quo, quando da primeira fase da dosimetria da pena, ao analisar as circunstâncias judiciais, entendeu que, com relação aos dois Acusados, ora Apelantes, estas se mostravam favoráveis, de forma que fixou a pena-base no mínimo legal para ambos. Por oportuno, destaque-se, que os Recorrentes não são reincidentes. Já na segunda fase, havia a presença de duas circunstâncias atenuantes que não puderam ser valoradas, em observância à Súmula 231, do STJ (menoridade relativa e confissão). 19. Em que pese se tratar o presente caso de crime de roubo majorado (por emprego de arma de fogo e concurso de pessoas) praticado em continuidade delitiva, é assente nos Tribunais Superior o entendimento de que a gravidade em abstrato do delito não pode atrair a aplicação de regime mais severo do que o abstratamente relacionado à pena aplicada. É o que se extrai dos seguintes verbetes sumulares: Súmula 718 do STF. 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 719 do STF. A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada exige motivação idônea; Súmula 440 do 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. 20. Nesse diapasão conforme demonstrado alhures, promovendo-se a detração, nos moldes do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, chega-se à pena de 7 (sete) anos 7 (sete) meses e 24 (vinte e quatro dias), de forma que, com fundamento no art. 33, § 2º, b, do Código Penal, fixo, para ambos o Recorrentes, o regime semiaberto para início do cumprimento da pena definitiva estabelecida na sentença condenatória. 21. Nos moldes do § 1º do art. 387 do CPP, o juiz sentenciante, ao proferir sentença condenatória, decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar ao condenado, avaliando se estão ou não presentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar. 22. No caso dos autos, a manutenção da custódia preventiva encontra-se devidamente justificada na garantia da ordem pública, vulnerada em razão da gravidade concreta do delito, do modus operandi e do risco da reiteração delitiva, somado ao fato de que os Réus permaneceram presos durante toda a instrução processual. Nesse diapasão, há precedentes na jurisprudência do STJ no sentido de que a periculosidade do agente, revelada pelo modo de agir, justifica a decretação da prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal (RHC n. 81.343/SP, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 6/4/2017), além do entendimento de que, tendo os pacientes permanecido presos durante toda a instrução processual, não deve ser permitido recorrer em liberdade, especialmente porque, inalteradas as circunstâncias que justificaram a custódia, não se mostra adequada a soltura depois da condenação em Juízo de primeiro grau (HC n. 648.008/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta

Turma, DJe 16/4/2021). 23. Analisando os fatos narrados nos autos, infere-se que os Recorrentes foram presos em flagrante pela prática, em um mesmo dia, de 4 (quatro) crimes de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e concurso de agentes, praticados em continuidade delitiva (art. 157, § 2º, II e § 2º-A, I c/c art. 71, todos do CP), tendo, inclusive, durante a prática de um dos delitos, ameaçado várias vezes de morte uma das Vítimas, apontando-lhe a arma de fogo, o que demonstra especial periculosidade no modo de agir e atrai a aplicação do entendimento jurisprudencial esposado acima. Ressalte-se que o STJ já se manifestou no sentido de que “não há incompatibilidade na fixação do modo semiaberto de cumprimento da pena e o instituto da prisão preventiva, bastando a adequação da constrição ao modo de execução estabelecido (AgRg no RHC 110.762/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/5/2020, DJe 3/6/2020)” – AgRg no HC n. 627.718/RS, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 14/12/2020.

24. Necessária, pois, a reforma parcial da sentença primeva para, aplicando a detração, fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, bem como para determinar que se adeque a prisão preventiva ao regime ora imposto (semiaberto), providenciando-se o imediato encaminhamento dos Réus para o estabelecimento adequado. 25. Parecer da Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e não provimento do recurso. 26. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 8007599-84.2023.8.05.0080, em que figuram como apelantes DAVID PEREIRA SACRAMENTO e ITALO SANTANA JESUS e como apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em CONHECER E DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso de Apelação, nos termos do voto do Relator. Sala das Sessões, data de inclusão no sistema. Presidente Des. Geder Luiz Rocha Gomes Relator Procurador (a) de Justiça PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 4 de Abril de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8007599-84.2023.8.05.0080 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: DAVID PEREIRA SACRAMENTO e outros Advogado (s): ANTONIO AUGUSTO GRACA LEAL registrado (a) civilmente como ANTONIO AUGUSTO GRACA LEAL, MARCUS VINICIUS OLIVEIRA RIOS, ANTONIO CARLOS ANDRADE LEAL, PEDRO CESAR GUIMARAES DOS SANTOS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Vistos, etc. Versam os autos sobre recurso de Apelação Criminal interposto por DAVID PEREIRA SACRAMENTO e ITALO SANTANA JESUS, irresignados com a sentença condenatória de id 57811733, proferida nos autos da ação penal nº 8007599-84.2023.8.05.0080, que tramitou perante o MM. Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Feira de Santana/BA, que condenou os ora Apelantes a uma pena definitiva de 08 (oito) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, a ser cumprida em regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no artigo 157, § 2º, II e § 2º-A, I, do Código Penal (roubo majorado pelo concurso de pessoas e pelo emprego de arma de fogo), por quatro vezes, na forma do art. 71, do Código Penal (crime continuado). Eis o teor da sentença condenatória: “(...) Em face dessas considerações, julgo procedente a pretensão para CONDENAR ÍTALO SANTANA JESÚS e DAVID PEREIRA SACRAMENTO nas penas do 157, § 2º, II e § 2º-A, I, Código Penal, por quatro vezes, na forma do art. 71, do Código Penal. Passo à dosimetria das penas. RÉU ÍTALO SANTANA JESÚS Na primeira fase da dosimetria,

considero as circunstâncias judiciais presentes no art. 59, do Código Penal favoráveis ao réu e fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Como as penas encontram-se dimensionadas nos mínimos legais, a confissão na fase policial não acarreta a redução das penas abaixo do mínimo legal (STJ, súmula 231). Presentes duas causas especiais de aumento de pena, decorrentes do emprego de arma de fogo e concurso de pessoas, aumento as penas em 2/3 (dois terços), perfazendo assim 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa. Pela continuidade delitiva e atenta ao número de infrações (quatro), aumento as penas em  $\frac{1}{4}$  (um quarto), perfazendo assim 08 (oito) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa. Não há causas de diminuição de pena a serem observadas. Assim, torno definitivas as penas do roubo na forma acima dosada, ou seja, em 08 (oito) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, no mínimo legal. A pena deverá ser cumprida no regime fechado. RÉU DAVID PEREIRA SACRAMENTO Na primeira fase da dosimetria, considero as circunstâncias judiciais presentes no art. 59, do Código Penal favoráveis ao réu e fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Como as penas encontram-se dimensionadas nos mínimos legais, a menoridade e a confissão na fase policial não acarreta a redução das penas abaixo do mínimo legal (STJ, súmula 231). Presentes duas causas especiais de aumento de pena, decorrentes do emprego de arma de fogo e concurso de pessoas, aumento as penas em 2/3 (dois terços), perfazendo assim 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa. Pela continuidade delitiva e atenta ao número de infrações (quatro), aumento as penas em  $\frac{1}{4}$  (um quarto), perfazendo assim 08 (oito) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa. Não há causas de diminuição de pena a serem observadas. Assim, torno definitivas as penas do roubo na forma acima dosada, ou seja, em 08 (oito) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, no mínimo legal. (...)” Em suas razões recursais (id 57811752), os Acusados requereram a reforma da sentença no que pertine à dosimetria da pena, à aplicação do instituto da detração penal, ao regime inicial de cumprimento da pena, bem como que seja concedido aos Acusados o direito de recorrer em liberdade. Para tanto, alegam que [n]o que diz respeito ao apelante David, é importante destacar que, durante a fase de investigação, admitiu parcialmente a prática do ato ilícito, demonstrando arrependimento e uma verdadeira intenção de assumir a responsabilidade por suas ações, de forma que, malgrado conste da sentença a impossibilidade de valoração da confissão como circunstância atenuante pelo fato da pena-base ter sido estabelecida no mínimo legal, a defesa argumenta que a confissão deve ser considerada como uma causa de diminuição legal, uma vez que demonstra a colaboração do acusado com a justiça. Ainda com relação ao apelante Davi, destaca que este, à época do cometimento do fato, contava com 18 (dezoito) anos de idade, de forma que, nos termos do art. 65, I, do CP, que trata da menoridade relativa, deve ser esta levada em consideração, porquanto [a]s bases legais dos códigos brasileiros, ao tratarem da menoridade relativa, buscam uma abordagem mais flexível na imposição de penas, reconhecendo que os indivíduos nessa faixa etária ainda estão em processo de amadurecimento psicológico e social. Além disso, há precedentes que reconhecem a aplicação da circunstância atenuante devido à menor idade relativa. Com espeque no fundamento acima, o Apelante requer que, ao ponderar sobre a idade do réu David no momento do delito, é fundamental incorporar os princípios das doutrinas jurídicas e as disposições legais que abordam a

referida diminuição a fim de assegurar uma aplicação justa e equitativa da lei no processo penal. Irresignam-se, ainda, quanto ao instituto da detração penal, pleiteando que, caso esse juízo não entenda por bem substituir a pena privativa de liberdade eventualmente aplicada por restritivas de direito, requer que o tempo de prisão provisória do acusado seja considerado para determinação do regime inicial de cumprimento caso esse tempo venha influenciar em tal regime. No que diz respeito ao regime inicial de cumprimento da pena, fixado na sentença como o fechado, apontam que entende a defesa técnica do acusado que o mesmo faz jus ao regime inicial aberto, visto que atende a todos os requisitos constantes no artigo 33, § 2º, alínea b, bem como o § 3º do mesmo artigo, ambos do Código Penal. Por fim, destacam não concordarem com o capítulo da sentença que não possibilitou aos Acusados que recorressem em liberdade, obtemperando que a prisão é medida extrema, devendo ser pautada pelo princípio da necessidade e da proporcionalidade, sendo que no caso dos autos não estão presentes os motivos autorizadores da manutenção da prisão cautelar dos Recorrentes que, lado outro, preenchem os requisitos para a manutenção da liberdade destes. Ao final, requerem: "I) Da Atenuante De Confissão Com Base No Art. 65, III, D Do CP. II) Da Menor Idade Relativa do Apelante David, O artigo 65, inciso I, do Código Penal brasileiro. IV) Subsidiariamente, sendo caso de condenação, a fixação da pena base abaixo do mínimo legal; o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. V) Ainda, requer a detração penal nos termos do art. 42 do Código Penal; VI) tendo em vista que o acusado atende todos os requisitos exigidos pelo artigo 33, § 2º, alínea b do Código Penal, que o regime inicial; VII) Por fim, que lhe seja concedido o direito de recorrer em liberdade, por todo o exposto acima." O Ministério Público, devidamente intimado, apresentou contrarrazões (id 57811754), na qual se manifesta pelo não provimento do recurso, da seguinte forma: Diante do exposto, em juízo de prelibação, é o Ministério Público pelo CONHECIMENTO do recurso de apelação interposto pela defesa técnica do réu e, no mérito, pelo seu IMPROVIMENTO, mantendo-se intacta a r. sentença ora guerreada, com a ressalva, apenas, de que seja aplicada a detração, considerando o tempo em que ficaram os apelantes presos preventivamente. Vieram os autos à Segunda Instância, onde, distribuídos a esta Colenda Câmara Criminal, coube-me a relatoria. Remetidos à Douta Procuradoria de Justiça, o ilustre Procurador de Justiça Nivaldo dos Santos Aquino opinou pelo conhecimento e não provimento parcial do recurso interposto, nos termos do parecer ministerial de id 58354272. Assim, examinados os autos, lancei o presente relatório e o submeti à apreciação do eminente Revisor, que pediu a inclusão do feito em pauta de julgamento. Salvador, data de inclusão no sistema. Des. Geder Luiz Rocha Gomes Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8007599-84.2023.8.05.0080 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: DAVID PEREIRA SACRAMENTO e outros Advogado (s): ANTONIO AUGUSTO GRACA LEAL registrado (a) civilmente como ANTONIO AUGUSTO GRACA LEAL, MARCUS VINICIUS OLIVEIRA RIOS, ANTONIO CARLOS ANDRADE LEAL, PEDRO CESAR GUIMARAES DOS SANTOS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO I. DA ADMISSIBILIDADE RECURSAL Com relação ao cabimento da apelação, Aury Lopes Júnior[1] afirma que: "é a exigência de que inexista uma decisão imutável e irrevogável, ou seja, não se tenha operado a coisa julgada formal. Uma decisão é apelável porque não preclusa." Já com relação à adequação, é "vista como a correção do meio de impugnação eleito pela parte interessada, também abrange a regularidade formal da

interposição do recurso.” Sobre o recurso de apelação, Aury Lopes Júnior[2] também assevera: “Na visão de DALIA e FERRAIOLI[3], l’appello è il mezzo di impugnazione ordinário che consente ad un giudice di grado superiore di rivedere, in forma “crítica”, il giudizio pronunciato dal giudice di primo grado. É um meio de impugnação ordinário por excelência (podendo ser total ou parcial), que autoriza um órgão jurisdicional de grau superior a revisar, de forma crítica, o julgamento realizado em primeiro grau. O “revisar de forma crítica” deve ser compreendido na mesma perspectiva de CARNELUTTI, anteriormente referida, de que os recursos são “la crítica a la decisión”, posto que, etimologicamente, criticar não significa outra coisa que julgar, e o uso deste vocábulo tende a significar aquele juízo particular que tem por objeto outro juízo, isto é, o juízo sobre o juízo e, dessa maneira, um juízo elevado à segunda potência.” Já para o Preclaro Guilherme de Souza Nucci[4]: “Cuida-se de recurso contra decisões definitivas, que julgam extinto o processo, apreciando ou não o mérito, devolvendo ao tribunal amplo conhecimento da matéria[5]. Essa seria, a nosso ver, a melhor maneira de conceituar a apelação, embora o Código de Processo Penal tenha preferido considerá-la como o recurso contra as sentenças definitivas, de condenação ou absolvição, e contra as decisões definitivas ou com força de definitivas, não abrangidas pelo recurso em sentido estrito.” Gustavo Henrique Badaró acrescenta sobre o conceito e antecedentes históricos[6]: “A apelação é o recurso ordinário por excelência, visando à reapreciação de matéria de fato e de direito. É cabível, inclusive, quando houver provas novas. Sua finalidade é a correção de error in iudicando (reforma da decisão) ou error in procedendo (anula a decisão) das sentenças. Prevalece o entendimento de que sua origem histórica é a appellatio dos romanos. No regime português, a apelação ingressou por meio das querimas ou querimonias dos Foraes chegando às Ordenações Manuelinas, recebendo reformulações, até chegar ao modelo de t. 68 a 83 do L. III das Ordenações Filipinas. Entre nós, sua referência pode ser buscada no Regulamento 737, de 21.11.1950.” Em relação aos requisitos de admissibilidade, novamente Aury Lopes Júnior assim dispõe[7]: “=>Requisitos objetivos: → Cabimento e adequação: pode ser interposta por petição ou termo nos autos, nos casos previstos no art. 593. → Art. 593, II: é residual em relação à taxatividade do RSE, cabendo em relação às decisões interlocutórias mistas não abrangidas pelo art. 581. → Art. 593, III: o inciso III dirige-se exclusivamente às decisões proferidas pelo Tribunal do Júri. Nas alíneas a e d, se acolhido o recurso, a consequência será a realização de novo júri. Nas alíneas b e c, acolhendo o recurso, o tribunal faz a retificação se enviar a novo júri. → Art. 593, § 3º: decisão manifestamente contrária à prova dos autos é aquela completamente dissociada da prova dos autos, sem qualquer apoio no processo. O que se entende por “mesmo motivo”? Significa novo recurso com base na letra d, sendo irrelevante a tese sustentada. Quanto ao cabimento do recurso de apelação, por parte do acusador, com base no art. 593, III, d, quando o réu é absolvido no quesito genérico da absolvição, existe uma divisão no STJ e uma importante decisão do STF no sentido do não cabimento. → Tempestividade: 5 dias para interposição (art. 593) e 8 dias para razões. Assistente: 5 dias habilitado – 15 dias não habilitado. → Preparo: exige-se nas ações penais privadas. =>Requisitos subjetivos: → Legitimidade (art. 577) e gravame/prejuízo.” Volvendo olhares para os autos, verificada a tempestividade do recurso em tela, bem como a presença dos demais requisitos de admissibilidade exigidos para o manejo, deverá o presente recurso de Apelação ser conhecido, razão pela



qual passo à análise do mérito. II. DO MÉRITO O recurso de Apelação interposto pelos Réus tem como questão nuclear a dosimetria das penas aplicadas quando da prolação de sentença condenatória em razão da prática do crime tipificado no artigo 157, § 2º, II e § 2º-A, I, Código Penal (roubo majorado pelo concurso de pessoas e pelo emprego de arma de fogo), por 4 (quatro) vezes, na forma do art. 71, do Código Penal (crime continuado), além da não aplicação da detração penal para fixação do regime inicial do cumprimento da pena e na negativa de que os Réus pudessem recorrer em liberdade da sentença prolatada. De acordo com a denúncia (id 57809961), no dia 24/03/2023, por volta das 21h00, no Bairro Capuchinhos, na cidade de Feira de Santana/BA, os Acusados, em comunhão de esforços e unidade de desígnios, subtraíram, para si, nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, uma motocicleta, três aparelhos celulares, uma carteira e dois capacetes, tendo como vítimas as pessoas de Alex Cabral dos Santos, Everaldo Chagas da Silva, Leandro Silva Santos e Antônio Carlos da Conceição Andrade. Depreende-se dos autos que no dia 24/03/2023, por volta das 22h20min, os policiais militares estavam de serviço quando foram informados, via CICOM, acerca de assalto praticado por dois indivíduos em uma moto preta nas imediações no bairro Parque Lago Subaé, ocasião em que, realizando ronda nas imediações, avistaram na Av. Presidente Dutra dois indivíduos em uma motocicleta com as mesmas características repassadas pelo CICOM, de forma que solicitaram parada a estes, ocasião em que, em revista pessoal, foi encontrada em poder do acusado ITALO SANTANA JESUS, que estava na carona da moto, uma arma de fogo tipo revólver calibre 32 com quatro munições, além de três celulares e em poder do réu DAVID PEREIRA SACRAMENTO, que pilotava a moto, foram encontrados dois celulares. Narram que, ao serem inquiridos acerca dos referidos bens, ambos os Acusados confessaram a prática de assalto a partir das 21h00, destacando que tanto a motocicleta que pilotavam, quanto os celulares, capacetes e a quantia de R\$ 57,00 (cinquenta e sete reais) que se encontravam em poder destes, eram produtos de roubos praticados naquela noite. Consta dos autos, ainda, que no momento da abordagem policial dois dos celulares apreendidos tocaram e, após serem atendidos, constatou-se tratarem-se dos proprietários dos referidos aparelhos, que foram orientados a comparecer à Central de Flagrantes da cidade de Feira de Santana/BA a fim de prestar declarações e reconhecimentos. Assim, as Vítimas se dirigiram à Central de Flagrantes, sendo que, ao ser ouvido, o ofendido Everaldo Chagas da Silva informou que no dia 24/03/2023 estava chegando em sua residência, localizada na Rua Corrente, no Bairro Subaé, quando se aproximou duas pessoas em uma motocicleta e a pessoa da garupa, apontando-lhe uma arma de fogo, anunciou o assalto, determinando que o Ofendido entregasse o celular e a carteira, que foram levados. A vítima Alex Cabral dos Santos, por sua vez, informou que, no mesmo dia acima mencionado, por volta das 22h00, estava saindo do seu trabalho quando foi abordado por dois homens em uma moto, sendo que o que estava na garupa, de posse de uma arma de fogo, anunciou o assalto, obrigando-o a entregar-lhes seu aparelho celular que, dentro da capa, continha, ainda, a quantia de R\$ 265,00 (duzentos e sessenta e cinco reais). Já o ofendido Lenadro Silva Santos, narrou que no supracitado dia, por volta das 22h06min, estava saindo do seu trabalho, no Colégio Luciana Ribeiro, Bairro Subaé, em sua motocicleta, quando foi “fechado” por dois indivíduos em uma moto, ocasião em que o carona, apontando-lhe uma arma de fogo e ameaçando-o de morte, exigindo que a Vítima descesse do seu veículo, tomaram-lhe de assalto seu aparelho celular, seu capacete e sua carteira, empreendendo fuga em

seguida, momento em que entrou em contato com a central 190 narrando o ocorrido. A sentença (id 57811733) condenou os Apelantes a uma pena definitiva de 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, e 20 (vinte) dias-multa, no mínimo legal, sob os seguintes fundamentos: "(...) A materialidade dos crimes está demonstrada por meio do auto de prisão em flagrante, auto de exibição e apreensão, autos de restituição, laudo pericial da arma de fogo (ID 386262066) e prova oral coligida. A autoria também é inequívoca. (...) Corroborada a acusação o fato de que a res furtiva e a uma arma de fogo foram encontradas na posse dos acusados logo após o crime. Sabe-se que em tema de delito patrimonial, a posse injustificada ainda que de parte da "res furtiva", faz presumir a autoria, invertendo o ônus da prova, competindo ao possuidor demonstrar havê-la recebido por modo ilícito. A ausência de justificação plausível, aliada aos demais elementos de prova colhidos, conduz à convicção da responsabilidade penal dos acusados. (...) No caso, a defesa não conseguiu justificar a posse lícita dos bens e do instrumento do crime. Nesse contexto probante, a inicial presunção de autoria transformou-se em certeza, sendo robusta a prova judicializada produzida, indigitando o acusado como sendo o autor da subtração do bem descrito na denúncia. (...) Assim é que não há de se duvidar das palavras da vítima, sem provas contundentes em contrário, mormente em casos como o em tela, de delito contra o patrimônio no qual há ameaça à integridade corporal de pessoas, considerando o caráter clandestino do crime da espécie. O fato de a vítima não ter o dever de dizer a verdade, não implica na obrigação de se ver suas declarações com reservas. Não há como excluir a majorante do emprego de arma de fogo. A arma de fogo foi apreendida, era verdadeira, estava municiada e podia realizar disparos, segundo atestou o laudo pericial (ID 386262066). Quanto à segunda causa de aumento de pena indicada, restou incontroverso que os roubos foram praticados por dois agentes, não havendo maiores considerações a serem tecidas sobre essa questão. Assim, os elementos probatórios colacionados são suficientes para dar conta da materialidade, da autoria e da responsabilidade criminal dos acusados. Restando evidenciado que os acusados perpetraram as condutas delituosas nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução semelhantes e, ainda, que há entre elas um liame a indicar a unidade de desígnios, cabível a aplicação da regra da continuidade delitiva. Nos termos da jurisprudência do STJ, e ainda que não se trate de diretriz legal, "em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações"(REsp n. 1.699.051/RS , Sexta Turma. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Dje de 06/11/2017). No caso, exaspera-se a pena pela continuidade delitiva em 1/4, diante de quatro ocorrências criminosas, sem peculiaridades que justifiquem a aplicação de fração superior. Portanto, não pairando dúvidas a respeito da responsabilidade dos acusados, de rigor a condenação. Em face dessas considerações, julgo procedente a pretensão para CONDENAR ÍTALO SANTANA JESÚS e DAVID PEREIRA SACRAMENTO nas penas do 157, § 2º, II e § 2º-A, I, Código Penal, por quatro vezes, na forma do art. 71, do Código Penal. Passo à dosimetria das penas. RÉU ÍTALO SANTANA JESÚS Na primeira fase da dosimetria, considero as circunstâncias judiciais presentes no art. 59, do Código Penal favoráveis ao réu e fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Como as penas encontram-se dimensionadas nos mínimos legais, a

confissão na fase policial não acarreta a redução das penas abaixo do mínimo legal (STJ, súmula 231). Presentes duas causas especiais de aumento de pena, decorrentes do emprego de arma de fogo e concurso de pessoas, aumento as penas em 2/3 (dois terços), perfazendo assim 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa. Pela continuidade delitiva e atenta ao número de infrações (quatro), aumento as penas em  $\frac{1}{4}$  (um quarto), perfazendo assim 08 (oito) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa. Não há causas de diminuição de pena a serem observadas. Assim, torno definitivas as penas do roubo na forma acima dosada, ou seja, em 08 (oito) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, no mínimo legal. A pena deverá ser cumprida no regime fechado. RÉU DAVID PEREIRA SACRAMENTO Na primeira fase da dosimetria, considero as circunstâncias judiciais presentes no art. 59, do Código Penal favoráveis ao réu e fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Como as penas encontram-se dimensionadas nos mínimos legais, a menoridade e a confissão na fase policial não acarreta a redução das penas abaixo do mínimo legal (STJ, súmula 231). Presentes duas causas especiais de aumento de pena, decorrentes do emprego de arma de fogo e concurso de pessoas, aumento as penas em 2/3 (dois terços), perfazendo assim 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa. Pela continuidade delitiva e atenta ao número de infrações (quatro), aumento as penas em  $\frac{1}{4}$  (um quarto), perfazendo assim 08 (oito) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa. Não há causas de diminuição de pena a serem observadas. Assim, torno definitivas as penas do roubo na forma acima dosada, ou seja, em 08 (oito) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, no mínimo legal. Nos termos do § 2º, do art. 387, do Código de Processo Penal, anoto que os réus foram presos em 24.03.2023 e assim permanecem, o que não altera o regime de cumprimento das penas impostas. Declaro o perdimento da arma de fogo e munições, como efeito da condenação, nos moldes do artigo 91, inciso II, alínea a, do Código Penal, e determino seu encaminhamento ao Comando do Exército para destruição, conforme o artigo 25, caput, do Estatuto do Desarmamento. Mantenho a prisão preventiva decretada e nego aos réus o direito de recorrerem em liberdade em face da gravidade concreta do crime, do modus operandi e do risco de reiteração delitiva. Além disso, se o acusado permaneceu preso durante a instrução, não deve ser permitido recorrer em liberdade, especialmente porque, inalteradas as circunstâncias que justificaram a custódia, não se mostra adequada sua soltura depois da condenação em juízo de primeiro grau. Expeçam-se guias de execução provisória. Deixo de fixar o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, por não haver comprovação dos prejuízos sofridos pelos ofendidos. (...)” Dito isto, rememore-se que o cerne do presente apelo gira em torno da dosimetria da pena, à aplicação do instituto da detração penal, ao regime inicial de cumprimento da pena, bem como que seja concedido aos Acusados o direito de recorrer em liberdade, sendo a pretensão recursal a reforma da sentença com vistas a: (i) aplicar a atenuante de confissão (art. 65, III, d, do CP); (ii) aplicar a atenuante da menoridade relativa ao apelante David (art. 65, I, do CP; (iii) fixação da pena base abaixo do mínimo legal pelo o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea; (iv) aplicação da detração penal, nos termos do art. 42, do CP; (v) alteração do regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto; (vi) a concessão do direito de recorrer em liberdade. Pois bem. Passa-se à análise das pretensões recursais. 1. Da dosimetria da pena Por meio da dosimetria da

pena, o Magistrado calcula a pena do acusado, levando em consideração as particularidades do caso concreto, o grau de lesividade da conduta do agente, bem como a sua personalidade. Ao compartilhar o resultado de suas pesquisas acerca da evolução do sistema adotado na fixação da pena, assim escreveu o jurisconsulto e Magistrado baiano Ricardo Schmitt[8]: “No transcurso da história, o sistema de aplicação de penas passou por inúmeras transformações decorrentes de um longo processo evolutivo, que, de certo modo, operou um movimento pendular, variando da ampla e irrestrita liberalidade conferida ao julgador em aplicar medidas sancionadoras (penas indeterminadas), até a incidência de penas fixas (penas predeterminadas), desaguando no sistema vigente, que conduz à atribuição de maior margem de liberdade ao juiz, a partir de um sistema com parâmetros legais preestabelecidos. Portanto, no período medieval, encontramos um movimento reativo ao excessivo arbítrio concedido aos juízes, quando as penas eram absolutamente indeterminadas, tendo surgido uma nova concepção do direito penal que se contrapunha ao sistema anterior, passando para um sistema punitivo pautado em penas fixas. O referido movimento preconiza que ao juiz não deveria ser admitida a interpretação da lei, pois a sua atuação deveria se restringir à mera aplicação da normatização em vigor. Sem dúvidas, porém, a pena absolutamente indeterminada deixava demasiado arbítrio ao julgador, enquanto que a pena absolutamente determinada impedia o seu ajustamento pelo juiz, de acordo com a realidade fática concreta evidenciada. Os modelos, por lógica, não se mostraram eficazes em busca da incansável perseguição pela fixação da pena justa. A aplicação da pena não pode se converter em instrumento de opressão judicial, nem traduzir exercício arbitrário do poder, eis que o magistrado sentenciante, em seu processo decisório, deverá estar necessariamente vinculado aos fatores e aos critérios, que, em matéria de dosimetria penal, limitam-lhe a prerrogativa de definir a pena aplicável ao condenado. Igualmente, no entanto, a possibilidade de valoração de circunstâncias fáticas concretas que conduzem o magistrado à escolha da adequada sanção penal impede o exercício do consagrado e necessário ajuste da reprimenda ao fato ilícito praticado pelo agente; portanto, a existência de pena previamente definida, em caráter imutável, não possibilita que o decreto sancionador alcance os fins sociais visados pelo julgamento. Em decorrência disso, fez-se imperativa a evolução do sistema, com a permissão de elevado crédito à livre dosagem das penas, a partir do estabelecimento de limites mínimos e máximos pela lei, pelos quais, com fundamento no princípio do livre convencimento, o juiz, motivadamente, estabelecerá a pena cabível para o caso concreto. É exatamente nesses limites preestabelecidos que se pauta hoje o sistema jurídico brasileiro no exercício do juiz sobre a fixação da pena em concreto. Trata-se de um processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada em busca da pena necessária e suficiente para a prevenção e reprovação da infração penal. (...).” Aplica-se, assim, o princípio da individualização da pena, evitando-se a padronização da sanção. Sobre o referido princípio, Guilherme de Souza Nucci[9] ensina que: “individualizar significa tornar individual uma situação, algo ou alguém, quer dizer particularizar o que antes era genérico, tem o prisma de especializar o geral, enfim possui o enfoque de, evitando standardização, distinguir algo ou alguém, dentro de um contexto.” Ao destacar a relevância da motivação de cada uma das conclusões do magistrado quando da prolação de um comando sentencial, Ricardo Schmitt[10] assim escreve: “(...) A motivação explícita do

jugador oferece garantia contra os excessos, os erros de apreciação, as falhas de raciocínio ou de lógica, e os eventuais vícios no julgamento. É por isso que se mostra como obrigação instituída pela Constituição Federal, em seu artigo 93, inciso IX, que determina que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Configura-se a motivação como dever que tem o magistrado de expor as razões do seu convencimento, por meio de um ato complexo, permeado por questionamentos críticos, históricos e racionais. Ao explicitar o seu entendimento, o juiz deverá expor sua motivação e todo o horizonte dentro qual se desenvolveu. A motivação é, portanto, uma exigência do próprio Estado. Em sendo a decisão judicial uma resposta à sociedade, é imperativo que se dê a publicidade das razões que conduziram o magistrado a decidir de determinado modo e não de outro, bem como avaliá-las. A motivação exala a necessidade de se permitir acesso às partes das razões do convencimento do julgador, pois, a partir dela, poderá surgir o eventual inconformismo em relação à decisão prolatada, já que, optando pela possibilidade de reformá-la ou cassá-la, será com base na motivação do julgado que as partes poderão exercer seus direitos recursais." No ordenamento jurídico pátrio adota-se o sistema trifásico, composto das seguintes fases: na primeira, analisa-se as circunstâncias judiciais do crime; na segunda, as atenuantes e as agravantes; por fim, na terceira, considera-se quais são as causas de aumento e de diminuição. Nestas fases do cálculo da pena, o Magistrado atém-se a elementos que caracterizaram o crime, ao histórico e às características do agente. Delimitando as questões trazidas à análise quanto à dosimetria da pena, no presente caso a irresignação dos Recorrentes diz respeito à valoração da atenuante de confissão e à menoridade relativa do acusado Davi, que à época dos fatos contava com 18 (dezoito) anos de idade, mesmo que para isso a pena intermediária seja fixada abaixo do mínimo legal. 1.1 Da segunda fase da dosimetria da pena: fixação da pena provisória ou intermediária Estabelecida a pena-base chega o momento da fixação da pena provisória ou intermediária, onde averiguar-se-á a existência de atenuantes e agravantes e a sua valoração no caso concreto. As circunstâncias agravantes estão previstas no art. 61[11] e 62[12], do Código Penal, tratando-se de um rol taxativo, ao passo em que as atenuantes se encontram elencadas nos artigos 65[13] e 66,[14] do diploma penal e encerra um rol exemplificativo. Impende ressaltar que existem atenuantes e agravantes previstas em outros diplomas legais (leis penais especiais), sendo que estas aplicam-se apenas aos crimes ali previstos, ao passo em que as que se encontram expressas no Código Penal aplicam-se a todos os crimes, de forma genérica. Eis as considerações de Ricardo Schmitt[15]: "Ultrapassada a primeira etapa de dosagem da pena privativa de liberdade (pena-base), chegamos à segunda fase, direcionada pela necessidade de análise das circunstâncias atenuantes e agravantes, que resultarão na definição da pena intermediária ou provisória. (...) As circunstâncias atenuantes e agravantes deverão ser observadas na segunda fase de aplicação da pena (art. 68, caput, do CP). Aquelas (atenuantes) possuem um rol tão somente exemplificativo, enquanto estas (agravantes) possuem um rol taxativo. (...) As atenuantes e agravantes apresentam como característica a inexistência de um quantitativo determinado de diminuição ou aumento, ao contrário do que ocorre com as causas especiais de diminuição e aumento de pena, que serão observadas apenas na terceira e última etapa do sistema trifásico de dosimetria da sanção penal em concreto. (...)." Conforme lecionam Humberto Barrionuevo Fabretti e Gianpaolo Poggio Smanio[16]: "Determinada a pena-base, deverá o magistrado

passar para a próxima fase: a fixação da pena provisória. Neste momento, o juiz deverá analisar a existência das chamadas circunstâncias agravantes (arts. 61 e 62 do CP) e atenuantes (art. 65 do CP), que poderão aumentar ou diminuir o quantum fixado na fase anterior (pena-base). As circunstâncias agravantes e atenuantes possuem as seguintes características: são genéricas, isto é, aplicáveis a todos os tipos penais; são obrigatórias, ou seja, devem sempre agravar ou atenuar a pena, quando não constituírem ou qualificarem o tipo penal (para não configurar bis in idem). As agravantes previstas nos arts. 61 e 62 do CP compõem um rol taxativo, enquanto as atenuantes previstas no art. 65 do mesmo diploma legal configuram rol exemplificativo, podendo ser ampliado por analogia ou interpretação extensiva. Tal compreensão decorre diretamente do art. 66 do CPP (...).” Nas palavras de Cleber Masson[17]: “Atenuantes e agravantes são circunstâncias legais, de natureza objetiva ou subjetiva, não integrantes da estrutura do tipo penal, mas que a ele se ligam com a finalidade de diminuir ou aumentar a pena. Podem ser genéricas, quando previstas na Parte Geral do Código Penal, e aplicáveis à generalidade dos crimes, ou específicas, se contidas em leis extravagantes, e aplicáveis somente a determinados crimes, tal como se verifica no art. 298 da Lei 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro), em relação aos crimes de trânsito (agravantes), e no art. 14 da Lei 9.605/1998, no tocante aos crimes ambientais (atenuantes). As agravantes genéricas, prejudiciais ao réu, estão previstas nos arts. 61 e 62 do Código Penal em rol taxativo, não se admitindo analogia in malam partem. Contrariamente, as atenuantes genéricas, favoráveis ao acusado, encontram-se descritas em rol exemplificativo. Com efeito, nada obstante o art. 65 do Código Penal apresente relação detalhada de atenuantes genéricas, o art. 66 abre grande válvula de escape ao estatuir que “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”. Destarte, qualquer circunstância relevante e favorável ao réu, seja anterior ou posterior ao crime, pode atuar como fator judicialmente discricionário de abrandamento da pena. Atenuantes e agravantes são de aplicação compulsória pelo magistrado, que não pode deixar de levá-las em conta, quando presentes, na dosimetria da pena. No tocante às agravantes genéricas, o art. 61, caput, do Código Penal dispõe que são “causas que sempre agravam a pena”, enquanto estabelece o art. 62, caput, do Código Penal que “a pena será ainda agravada”. Mas para evitar o bis in idem, veda-se a sua utilização quando já funcionarem como elementar do tipo penal, ou ainda como qualificadora ou causa de aumento da pena. (...).” Volvendo olhares ao caso dos autos, o ponto fulcral da questão posta a análise gravita em torno das atenuantes de confissão e da menoridade relativa que, segundo defendem os Recorrentes, devem ser aplicadas mesmo que isso conduza a uma pena intermediária aquém do mínimo legal. Antes de proceder ao estudo do caso concreto de maneira enfática, impende fazer algumas considerações sobre os institutos em referência como atenuantes genéricas na dosimetria da pena.

a) Ser o agente menor de vinte e um anos na data do fato (art. 65, I, do CP) Cléber Masson[18], aos discorrer acerca da atenuante genérica em referência, traz os pertinentes ensinamentos: “(...) Menoridade relativa é a atenuante genérica aplicável aos réus menores de 21 anos ao tempo do fato, pouco importando a data da sentença. Devem ser maiores de 18, independentemente de eventual emancipação civil, pois do contrário incidem as regras do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990. Essa atenuante foi inicialmente prevista no direito pátrio no Código Criminal

do Império de 1830, e desde então não deixou de existir. Fundamenta-se na imaturidade do agente, que 'por tal motivo merece uma pena mais branda, suficiente para alcançar suas finalidades de retribuição e prevenção (geral e especial). De acordo com o parágrafo único do art. 155 do Código de Processo Penal, com a redação alterada pela Lei 11.690/2008, a prova da idade pode ser feita pela certidão de nascimento. A jurisprudência, entretanto, admite outros meios probatórios, tais como a carteira de identidade, a carteira nacional de habilitação e o certificado de reservista. Veja-se, a propósito, a Súmula 74 do Superior Tribunal de Justiça: "Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil". Basta, assim, qualquer documento juridicamente hábil, não se vinculando a prova da menoridade unicamente à certidão de nascimento. O art. 5.º do Código Civil de 2022, pelo qual "A menoridade cessa aos 18 (dezoito) anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil", não revogou essa atenuante genérica, por dois fundamentos: (1) em se tratando de norma favorável ao réu, deveria ter sido revogada expressamente, em face da inadmissibilidade no Direito Penal de analogia in malam partem. Respeita-se, desse modo, o princípio da reserva legal; e (2) os dispositivos penais foram expressamente preservados pelo art. 2043 do Código Civil." Segundo Humberto Barrionuevo Fabretti e Gianpaolo Poggio Smanio[19]: "A circunstância de ser o condenado menor de 21 anos na data do fato é conhecida como menoridade relativa, e justifica-se como atenuante por considerar que a pessoa ainda não alcançou sua completa formação psicológica, ainda estando sujeita a variações emocionais." Ao tratar da referida circunstância atenuante, Capez[20] assim leciona: "(...) é a circunstância atenuante mais importante, prevalecendo sobre todas as demais. Leva-se em conta a idade do agente na data do fato, pois o Código Penal adotou a teoria da atividade (art. 4º). A menoridade só se prova mediante certidão de nascimento. A jurisprudência, contudo, tem abrandado essa posição, admitindo outros meios de prova, como a cédula de identidade e a data de nascimento constante da folha de antecedentes. Há também entendimento sumulado do STJ (Súmula 74) no sentido de que, "para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil". É irrelevante que tenha havido emancipação civil do agente ou que esse tenha casado, uma vez que tais fatos não repercutem na esfera penal. É obrigatória a consideração pelo juiz da referida atenuante, e a sua desconconsideração gera nulidade da sentença." Acerca da atenuante, Bitencourt[21] tece os seguintes comentários: "(...) A juventude do agente (18 a 21 anos) é objeto de atenuante no direito brasileiro, reconhecendo-se sua imaturidade e a necessidade de tratamento especial. Contudo, a execução penal não recebe a devida individualização da pena que o menor merece, de acordo com essa atenuante, sendo incluído na população carcerária comum. Mais importante para esse jovem imaturo e inexperiente que a própria atenuante seria a previsão de cumprimento de pena em pavilhão especial do sistema penitenciário, para afastá-lo dos criminosos empedernidos e das facções criminosas. A emancipação e a maioridade decorrentes do matrimônio não afastam essa atenuante. (...)." Eis as lições de Nucci[22] acerca da matéria: "A menoridade relativa (art. 65, I, CP) é atenuante aplicável aos indivíduos entre 18 e 21 anos na data do fato. Foi introduzida como atenuante no sistema penal a partir do Código Criminal do Império, de 1830, fixando-se, desde então, como preponderante no confronto com eventuais agravantes. Atualmente, continua sendo a principal das atenuantes, por tradição, entendendo-se que o menor, nessa idade, ainda

não se encontra totalmente amadurecido, merecendo a benevolência do juiz no momento da fixação da pena (note-se que, psicologicamente, pode-se considerar adolescente a pessoa até 20 anos de idade). Para a maioria da doutrina e da jurisprudência, deve ela sobrepor-se a qualquer agravante, inclusive a reincidência. A prova da menoridade se faz por qualquer documento hábil, como preceitua a Súmula 74 do Superior Tribunal de Justiça. A entrada em vigor do novo Código Civil (Lei 10.406/2002), considerando plenamente capaz o maior de 18 anos para os atos da vida civil, em nada altera a aplicação dessa atenuante, que deve continuar a ser considerada pelo magistrado na aplicação da pena. Note-se que o texto do Código Penal não faz referência a menor, sem especificar qualquer idade, quando então poder-se-ia supor ser o civilmente incapaz. Ao contrário, a referência é nítida quanto à idade da pessoa que possui menos de 21 e, obviamente, mais de 18." Ao derredor do assunto, assim explana Ricardo Schmitt[23]: "(...) Para fins penais sabemos que a idade do agente de completa à zero hora do dia do seu aniversário. Para o jovem (com idade inferior a 21 anos da data do fato), a razão da atenuante reside na imaturidade do agente, que não completou ainda o seu desenvolvimento mental e moral, sendo mais facilmente influenciável pelo grupo social ou por outros companheiros. Com o atual Código Civil em vigor restaram igualadas a capacidade civil e penal, sendo que ambas se adquirem aos 18 anos de idade. Não obstante, me nenhum momento ocorreu a revogação expressa da primeira parte do art. 65, inciso I, do Código Penal, e a circunstância atenuante da menoridade (agente maior de 18 e menor de 21 anos de idade na data do fato) permanece plenamente em vigor, devendo ser reconhecida e aplicada quando presentes no caso concreto. Em suma, a alteração da maioridade civil, que passou de 21 para 18 anos de idade, em nenhum momento produziu qualquer interferência na circunstância atenuante em debate. Nesse sentido: (...) Menoridade civil e penal. Diferenciação. (...) é circunstância que sempre atenua a pena ser o agente, na data do fato, menor de 21 anos. É certo que a menoridade civil cessa aos 18 anos completos, no entanto a norma civil não alterou a norma penal, cujo significado encontra razões na imaturidade da pessoa. A norma penal há de ser alterada por norma da mesma espécie. Soa estranho possa ela ser alterada por outras ordens de ideias – de natureza civil, por exemplo. Ordem de habeas corpus concedida a fim de que se refaça o cálculo da pena (STJ, HC 40041/MS). Ademais, por se tratar de um critério puramente biológico, na vigência do regramento civil anterior, nem mesmo o agente emancipado ou casado perdia o direito de ter reconhecido em seu favor essa circunstância, desde que fosse menor de 21 anos na data do fato. Entendemos, contudo, que a nomenclatura menoridade atualmente se revela um tanto quanto inapropriada, pois, igualadas as capacidades civil e penal, perdeu-se a razão do sentido do termo, uma vez que se referia exatamente à diferença anteriormente existente, em que o agente, apesar de penalmente imputável (18 anos), ainda não tinha atingido a capacidade civil (21 anos). Vemos, portanto, que a jurisprudência continua tratando a circunstância atenuante em foco pela nomenclatura de menoridade, diante a diferenciação promovida entre capacidade e maturidade do agente. Em verdade, conforme já explicitamos, o legislador buscou dar um tratamento diferenciado ao agente em decorrência da sua idade. A legislação cuida de modo especial daqueles que, no tempo da ação ou omissão, eram menores de 21 anos, uma vez que ainda não se encontram completamente amadurecidos e vivenciam uma das fases mais difíceis no desenvolvimento do ser humano. (...)." De pronto, consigno que compulsando detidamente os documentos que



compõem o caderno processual, não logrei êxito em localizar qualquer documento hábil a comprovar a idade do Apelante Davi, seja cópia da certidão de nascimento, seja do RG ou qualquer outra documentação que o valha, o que impossibilitaria a análise da atenuante em comento. De mais a mais, destaque-se que, como constou da sentença primeva, tendo a pena-base sido fixada no mínimo legal, tal fato atrai a aplicação da Súmula 231, do STJ, in verbis: A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Mais adiante analisar-se-á mais detidamente a aplicação do supracitado verbete sumular ao caso concreto.

b) Ter confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime (art. 65, III, d, do CP) Para Guilherme de Souza Nucci[24], confessar “é admitir contra si por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso”. O art. 65, III, d, do Código Penal, dispõe que: Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (...) III) ter o agente: (...) d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; Do dispositivo, conclui-se que a confissão da autoria delitiva, desde que seja feita espontaneamente, configura atenuante do crime. Falando sobre a importância da confissão, Fernando Capez[25] afirma que: “a confissão espontânea é considerada um serviço à justiça, uma vez que simplifica a instrução criminal e confere ao julgador a certeza moral de uma condenação justa”. Na mesma linha de inteligência, René Ariel Dotti[26] entende que a confissão é “regra de política processual para facilitar a apuração da autoria e prevenir a eventualidade do erro judiciário”. De forma mais enfática, Ricardo Schmitt[27] sublinha o que segue: “O reconhecimento da autoria do crime é atitude de especial relevância para o Poder Judiciário. O acusado pode contar com a atenuante da pena do colaborar com a investigação ou a instrução criminal em curso. Pode contribuir ainda com o julgamento célere e com a verdade dos fatos. (...) apesar da controvérsia estabelecida em torno de a confissão se encontrar ou não relacionada com a personalidade do agente, entendemos que há sim estreita relação dela com o atributo da personalidade, pois aquele que assume o erro praticado ou a autoria de um crime que era ignorado ou que foi atribuído a outro, revela possuir sentimentos morais que o diferenciam dos demais. Não há a necessidade de o agente demonstrar arrependimento sincero. Não é essa a questão. Entendemos que basta ao agente admitir a ocorrência do fato que lhe foi atribuído na ação penal, descrevendo a sua atuação, pois, assim, estará ele reconhecendo a ação da justiça à qual se sujeita, colaborando com a concretização dela. A confissão permite a criação de um ambiente mais estruturado acerca da segurança material e jurídica relacionada ao conteúdo do julgado, pois a condenação reflete, de maneira inequívoca, a verdade processual do ocorrido, buscada inexoravelmente pelo processo criminal. De igual modo, poderá ela conduzir a uma economia e celeridade processual, por permitir eventual dispensa da prática de atos que possam ser considerados desnecessários ao deslinde da questão. A escolha do agente em confessar a conduta que foi atribuída demonstra a sua abdicação da proteção constitucional para praticar ato contrário ao seu interesse processual e criminal, já que a Constituição Federal lhe garantiu o direito ao silêncio e o direito de não se autoincriminar. Por isso, não nos restam dúvidas de que deve ser devidamente valorada como demonstração da personalidade do agente, voltada à assunção da sua responsabilidade penal.” Acerca da confissão como atenuante, estes são os dizeres de Cleber Masson[28]: “Para

servir como atenuante genérica, a confissão há de ser espontânea, é dizer, deve surgir como fruto da sinceridade do íntimo do agente. Não basta ser voluntária (livre de coação), pois poderia o réu confessar apenas para aproveitar-se de um benefício legal, sem revelar crível intenção de colaborar na apuração da infração penal. Para o Supremo Tribunal Federal, a simples postura de reconhecimento da prática do delito enseja o reconhecimento desta atenuante genérica, pois o art. 65, III, d, do Código Penal não faz qualquer ressalva no tocante à maneira como o agente pronuncia a confissão. Além disso, esta circunstância possui natureza objetiva, razão pela qual independe do subjetivismo do julgador. Exige-se seja a confissão relativa à autoria (em sentido amplo, para abranger a autoria propriamente dita e a participação) e, também, seja prestada perante a autoridade pública envolvida na persecução penal (delegado de Polícia, membro do Poder Judiciário ou do Ministério Público). Se presente a confissão perante a autoridade pública, a circunstância funcionará como atenuante genérica mesmo se existirem outras provas aptas a embasar a condenação. A confissão pode ser parcial, pois não precisa alcançar eventuais qualificadoras ou causas de aumento da pena. Seu limite temporal é o trânsito em julgado da condenação. O fundamento dessa atenuante é a lealdade processual. (...).” O STJ possui entendimento sumulado no sentido de que acaso o juiz se valha da confissão para o seu convencimento acerca da autoria e materialidade do crime, esta deve ser levada em consideração, também, para atenuar a pena. Essa é a inteligência do verbete sumular nº 545, do STJ, que tem a seguinte redação: Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal. In casu, os Réus confessaram, a autoria dos crimes perpetrados no dia 24/03/2023, sendo que as referidas confissões foram consideradas pelo Magistrado de origem como meio de prova para a prolação da sentença condenatória. Entretanto, o Juiz sentenciante, quando da segunda fase da dosimetria da pena, não aplicou a circunstância atenuante da confissão sob o fundamento da sua impossibilidade, tendo em vista que a pena-base foi fixada no mínimo legal, o que atrai a aplicação da já citada Súmula 231, do STJ. 1.2 Do pleito de fixação da pena intermediária abaixo do mínimo legal Pleiteiam os Recorrentes a aplicação e valoração das atenuantes acima especificadas, mesmo que isso conduza a uma pena intermediária abaixo do mínimo legal. De proêmio, destaque-se que não assiste razão aos Recorrentes quanto ao pleito acima, porquanto atualmente não se mostra possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a fixação da pena provisória aquém do mínimo legal. Em que pese a existência de discussão doutrinária acerca da (im) possibilidade de fixação da pena intermediária abaixo do mínimo legal, a doutrina majoritária se manifesta no sentido da impossibilidade e os Tribunais Superiores possuem entendimento consolidado nesse sentido, havendo, inclusive, súmula no âmbito do STJ prevendo a vedação em referência. O que vai acima escrito também foi observado na obra de autoria de Humberto Barrionuevo Fabretti e Gianpaolo Poggio Smanio[29], veja-se: “No art. 59, II, do CP, há previsão expressa de que ao fixar a pena-base, o magistrado deverá limitar-se aos patamares mínimos e máximos previstos em cada tipo penal. Porém, quando trata da fixação da pena provisória, o Código Penal não prevê expressamente que as causas de aumento e as causas de diminuição não possam elevar a pena acima do máximo ou abaixo do mínimo, motivo pelo qual parte minoritária da doutrina defende que seria possível a aplicação da pena provisória abaixo do mínimo legal em virtude da aplicação das atenuantes, já que o princípio da

legalidade impediria apenas a fixação da pena acima do máximo legal, já que se trata de garantia individual para proteção da liberdade do réu. Entretanto, não obstante a doutrina, a jurisprudência é pacífica no entendimento de que não se pode, em virtude das causas atenuantes, fixar a pena provisória abaixo do mínimo legal, tendo a questão sido sumulada pelo STJ: Súm. nº 231 do STJ: A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.” Destaca Fernando Capez[30] acerca das atenuantes genéricas previstas do Código Penal: “Sempre atenuam a pena. Sua aplicação é obrigatória. Nunca podem reduzir a pena aquém do mínimo legal (Súmula 231 do STJ). Estão elencadas no art. 65. No art. 66 encontra-se a chamada circunstância atenuante inominada, a qual, embora não prevista expressamente em lei, pode ser considerada em razão de algum outro dado relevante.” Cleber Masson[31], por sua vez, explana: “(...) as atenuantes genéricas, ainda que existam muitas delas no caso concreto, serão ineficazes quando a pena-base (1.ª fase) for fixada no mínimo legal. Como não integram a estrutura do tipo penal, e não tiveram o percentual de redução previsto expressamente pelo legislador, a aplicação da pena fora dos parâmetros legais representaria intromissão indevida do Poder Judiciário na função legiferante. Tais motivos levaram o Superior Tribunal de Justiça a editar a Súmula 231: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. (...)” Nucci[32] ministra da seguinte forma: “Utilizando o raciocínio de que as atenuantes, segundo preceito legal, devem sempre servir para reduzir a pena (art. 65, CP), alguns penalistas têm defendido que seria possível romper o mínimo legal quando se tratar de aplicar alguma atenuante a que faça jus o réu. Imagine-se que o condenado tenha recebido a pena-base no mínimo; quando passar para a segunda fase, reconhecendo a existência de alguma atenuante, o magistrado deveria reduzir, de algum modo, a pena, mesmo que seja levado a fixá-la abaixo do mínimo. Essa posição é minoritária. Aliás, parece-nos mesmo incorreta, pois as atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não têm o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo legal. Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou de diminuição. Estas, por sua vez, fazem parte da estrutura típica do delito, de modo que o juiz nada mais faz do que seguir orientação do próprio legislador. Ex.: um homicídio tentado, cuja pena tenha sido fixada no mínimo legal (6 anos), pode ter uma redução de 1/3 a 2/3 porque a própria lei assim o dita (art. 14, parágrafo único, CP), tratando-se de uma tipicidade por extensão. Atualmente, está em vigor a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Em idêntico prisma, o Supremo Tribunal Federal decidiu ser inviável a fixação da pena abaixo do mínimo legal quando existirem apenas atenuantes (RE 597.270, Pleno, rel. Cezar Peluso, v.u., 26.03.2009). A decisão tomada permanece em vigor.” Em sentido contrário, Ricardo Schmitt[33] compartilha as seguintes considerações: “As circunstâncias atenuantes sempre atenuam a pena a ser fixada e deverão obrigatoriamente ser reconhecidas pelo julgador quando presentes no caso concreto, uma vez que favorecem a situação do condenado. Prevalece, porém, o entendimento jurisprudencial de que o reconhecimento de uma circunstância atenuante não poderá conduzir à pena provisória ou intermediária abaixo do mínimo legal previsto em abstrato para o tipo (Súmula 231 do STJ), posição de que discordamos (comentários a seguir).

(...) Não há dúvida de que a “proibição” em destaque se baseia tão somente em uma construção puramente jurisprudencial, uma vez que, legalmente, não há qualquer previsão que imponha óbice à redução ou majoração da pena provisória ou intermediária (segunda fase) para fora dos limites previstos em abstrato para o tipo penal. Trilhando por esse caminho, com a devida vênia ao entendimento sumulado, ousamos discordar, pois entendemos que o tema em questão merece evoluir rumo a uma interpretação melhor, senão vejamos. (...) frente à adoção pelo legislador do sistema trifásico para a dosimetria da pena em concreto, com a devida vênia, vemos que não subsiste mais a razão de existir da Súmula 231 do STJ, eis que as circunstâncias atenuantes e agravantes devem ser analisadas apenas na segunda fase do processo de aplicação da pena em concreto, depois de já ter sido fixada a pena-base, a qual resultará tão somente da análise isolada de todas as circunstâncias judiciais previstas taxativamente no art. 59 do Código Penal, não revelando aquelas, portanto, qualquer óbice à redução ou elevação da sanção penal provisória ou intermediária para fora dos limites em abstrato previstos para o tipo penal incriminador. Sob esse aspecto, faz-se importante reascender a compreensão de que não é outro o entendimento que se extrai do disposto pelo inciso II do artigo 59 do Código Penal, eis que, se as circunstâncias judiciais determinam a punição no mínimo legal e se reconhece, em favor do condenado, alguma das circunstâncias atenuantes previstas nos artigos 65 ou 66 do Código Penal, estas devem incidir sobre a pena fixada na primeira fase em diante da inexistência de qualquer vedação legal a respeito. (...) Devemos lembrar que estamos diante da incidência do sistema trifásico de dosimetria da pena em concreto, sendo esta a sistemática eleita pelo legislador; não estamos mais diante do sistema bifásico, o qual, repita-se, tinha a pena-base estabelecida ao se considerar simultaneamente as circunstâncias judiciais e atenuantes e agravantes. (...).” Na mesma direção caminha Bitencourt[34], exempli gratia: “O equivocado entendimento de que “circunstância atenuante” não pode levar a pena para aquém do mínimo cominado ao delito partiu de interpretação analógica desautorizada, baseada na proibição que constava no texto original do parágrafo único do art. 48 do Código Penal de 1940, não repetido, destaque-se, na Reforma Penal de 1984 (Lei n. 7.209/84). Ademais, esse dispositivo disciplinava uma causa especial de diminuição de pena – quando o agente quis participar de crime menos grave –, mas impedia que ficasse abaixo do mínimo cominado. No entanto, nem mesmo esse diploma revogado (parte geral) estendia tal previsão às circunstâncias atenuantes, ao contrário do que entendeu a interpretação posterior à sua revogação. Na verdade, o entendimento contrário partia de uma interpretação equivocada, que a dicção do atual art. 65 do Código Penal não autoriza. Com efeito, esse dispositivo determina que as circunstâncias atenuantes “sempre atenuam a pena”, independentemente de já se encontrar no mínimo cominado. A previsão legal, definitivamente, não deixa qualquer dúvida sobre sua obrigatoriedade, e eventual interpretação diversa viola não apenas o princípio da individualização da pena (tanto no plano legislativo quanto no judicial) como também o princípio da legalidade estrita. Enfim, deixar de aplicar uma circunstância atenuante para não trazer a pena para aquém do mínimo cominado nega vigência ao disposto no art. 65 do CP, que não condiciona a sua incidência a esse limite, violando o direito público subjetivo do condenado à pena justa, legal e individualizada. Essa ilegalidade, deixando de aplicar norma de ordem pública, caracteriza uma inconstitucionalidade manifesta. Por fim – e a conclusão é inarredável –,

a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça carece de adequado fundamento jurídico, afrontando, inclusive, os princípios da individualização da pena e da legalidade estrita. Não há lei alguma proibindo que, em decorrência do reconhecimento de circunstância atenuante, a pena-base possa ficar aquém do mínimo cominado. Pelo contrário, há lei que determina (art. 65), peremptoriamente, a redução da pena em razão de uma atenuante, sem condicionar seu reconhecimento a nenhum limite. (...).” Dito isto, deixo consignado que a minha posição segue no mesmo caminho trilhado por Bittencourt e Ricardo Schmitt, porque é inexorável chegar-se à conclusão de que, diante da inexistência de previsão legal que limite a fixação da pena-base abaixo do mínimo constante na lei, acaso presentes circunstâncias que atenuem a pena, margeia-se de inconstitucionalidade entendimento jurisprudencial que construa um entendimento que mantenha a situação do réu estagnada, mesmo diante da concreta possibilidade de melhora com a valoração de uma atenuante existente no caso analisado. Com efeito, é plenamente aceitável a interpretação de que é vedada a exasperação para além do máximo previsto, em razão de circunstâncias agravantes, posto que tal limitação decorre do princípio da proibição da interpretação in malam partem, de forma que é imperiosa a previsão legal para que se aplique entendimento que cause piora à situação do acusado. Entretanto, tal entendimento não pode, e não deve, ser adotado quando estamos diante de situação que beneficiará o réu, posto que, como bem explanado por Schmitt, a segunda fase da dosimetria da pena é o único momento em que as circunstâncias atenuantes são examinadas pelo juiz sentenciante, de forma que, presentes estas, devem ser levadas em consideração quando da fixação da pena base ou intermediária. Agir de forma contrária vai de encontro ao princípio constitucional da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI[35], da Constituição Federal. Hodiernamente encontra-se em discussão, no âmbito da Corte Cidadã, a (in) constitucionalidade da Súmula 231 daquela Corte de Justiça, tendo ocorrido no dia 17/05/2023, inclusive, audiência pública, convocada pelo Ministro Rogerio Schietti Cruz, onde integrantes da Terceira Seção do STJ ouviram as manifestações de representantes de instituições públicas e de entidades dedicadas à defesa de pessoas acusadas em processos criminais, sobre a possível revisão da Súmula 231[36]. Entrementes, em que pese minha opinião em sentido contrário, o fato é que os Tribunais Superiores, até o momento, comungam da opinião que entende pela impossibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal tanto na primeira quanto na segunda fase da dosimetria penal, havendo, como demonstrado, entendimento sumular da Corte de Cidadania nesse sentido. A douta Procuradoria de Justiça emitiu parecer em consonância com o entendimento que defende a impossibilidade de fixação da pena aquém do mínimo legal. In verbis: “(...) Ainda, na segunda fase da dosimetria, a Magistrado reconheceu as atenuantes indicando com relação a Italo que “como as penas encontram-se dimensionadas nos mínimos legais, a confissão na fase policial não acarreta a redução das penas abaixo do mínimo legal (STJ, súmula 231).”, e com relação a David que “como as penas encontram-se dimensionadas nos mínimos legais, a menoridade e a confissão na fase policial não acarreta a redução das penas abaixo do mínimo legal (STJ, súmula 231).”. Nesse sentido, é cediço, no entendimento jurisprudencial, consolidado no enunciado da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, que o reconhecimento da atenuante não admite a redução da sanção basilar aquém do mínimo legal. Não é outro o entendimento jurisprudencial dos nossos Superiores Tribunais, principalmente no que tange as decisões que

reafirmam a aplicação da Súmula: (...) Nessa vereda, a dosagem da reprimenda entremostra-se em perfeita consonância com as regras e princípios jurídicos orientadores de tal procedimento, devendo, pois, subsistir incólume. (...)” Desta feita, tratando-se de entendimento objeto de Súmula do STJ e de julgamento com repercussão geral no STF (RE 597270/RS), em observância ao regime jurídico introduzido pelo novo CPC (a exemplo do que dispõe os artigos 926 e 927, III e IV) que traz o dever de preservação de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente, de forma a se manter um ambiente decisório mais isonômico e previsível, com vistas, inclusive, à busca da materialização do princípio da segurança jurídica, curvo-me ao entendimento da impossibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal na segunda fase da dosimetria. 3. Da detração penal para determinação do regime inicial de cumprimento da pena Com fulcro nos artigos 42, do Código Penal e o artigo 387, § 2º do Código de Processo Penal, os Recorrentes pleiteiam que o tempo de prisão provisória do acusado seja considerado para determinação do regime inicial de cumprimento caso esse tempo venha influenciar em tal regime. Antigamente, cabia exclusivamente ao juízo da execução penal aplicar o instituto da detração penal, de modo que, consignando-se na sentença a pena definitiva pelo juízo de conhecimento, expedia-se guia de execução para cumprimento da pena com as informações referentes ao apenado e à pena aplicada, sendo da competência do juízo da execução alicerçar o instituto em referência. Entretanto, com a edição da Lei nº 12.7935/12, que deu nova redação ao art. 387, do Código de Processo Penal, adveio importante alteração no que diz respeito à fixação do regime inicial do cumprimento da pena, tendo em vista que a mencionada alteração legislativa determinou que a detração fosse considerada pelo juiz ao proferir sentença condenatória, de modo que o referido instituto seria considerado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade. Percebe-se, assim, que a detração é, agora, levada em consideração em dois momentos: (i) no processo de conhecimento, pelo juiz sentenciante, única e exclusivamente para fins de fixação do regime inicial do cumprimento da pena; (ii) na execução penal, pelo juiz da execução, para os fins determinados nos artigos 66 e 111, da LEP. Assim, hodiernamente, a detração penal encontra previsão tanto no Código Penal, quanto no Código de Processo Penal e, ainda, na Lei de Execuções Penais, nos seguintes moldes: Código Penal Art. 42 – Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior. Código de Processo Penal Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (...) § 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade. (...) Art. 672. Computar-se-á na pena privativa da liberdade o tempo: I – de prisão preventiva no Brasil ou no estrangeiro; II – de prisão provisória no Brasil ou no estrangeiro; III – de internação em hospital ou manicômio. Lei de Execuções Penais Art. 66. Compete ao Juiz da execução: (...) III – decidir sobre: (...) c) detração e remição da pena; Art. 110. O Juiz, na sentença, estabelecerá o regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade, observado o disposto no artigo 33 e seus parágrafos Código Penal. Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a

detração ou remição. Ao tratar do instituto da detração penal, Bitencourt[37] escreve que: “Através da detração penal permite-se descontar, na pena ou na medida de segurança, o tempo de prisão ou de internação que o condenado cumpriu antes da condenação. Esse período anterior à sentença penal condenatória é tido como de pena ou medida de segurança efetivamente cumpridas. A partir da Lei n. 12.736/2012 esse lapso temporal também será computado para efeitos de fixar o regime inicial de cumprimento de pena, já na sentença condenatória. (...) O art. 42 do Código Penal estabelece expressamente o que pode ser descontado da pena privativa de liberdade e da medida de segurança. Segundo o dispositivo referido, a detração penal pode ocorrer nas hipóteses de: a) Prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro Prisão provisória é a prisão processual, ou seja, a prisão que pode ocorrer durante a fase processual, antes de a condenação transitar em julgado. No Direito vigente temos as seguintes hipóteses de prisão provisória: prisão em flagrante delito, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de sentença de pronúncia e prisão decorrente de sentença condenatória recorrível. A despeito de algum entendimento em sentido contrário, essas duas prisões processuais continuam sendo possíveis (arts. 387, parágrafo único, e 413, § 3º, ambos do CPP). Assim sendo, têm natureza processual e, como tais, são prisões provisórias. A prisão, em qualquer dessas hipóteses, deve ser descontada da pena aplicada. b) Prisão administrativa A prisão administrativa, que não se confunde com a prisão civil stricto sensu, não tem natureza penal, e pode decorrer de infração disciplinar, hierárquica, ou mesmo de infrações praticadas por particulares, nacionais ou estrangeiros, contra a Administração Pública. Apesar de o art. 319 do Código de Processo Penal, que disciplinava a prisão administrativa, ter sido revogado, na nossa concepção, ela continua existindo, nas hipóteses de prisão nos quartéis militares, por indisciplina, bem como a prisão do extraditando enquanto aguarda a tramitação do processo perante o Supremo Tribunal Federal ou perante o Superior Tribunal de Justiça. Essa prisão não é a autêntica prisão preventiva, logo, só pode ser classificada como prisão administrativa. Finalmente, a recentíssima Lei n. 12.736/2012, que acrescentou o § 2º ao art. 387 do Código de Processo Penal, prevê que “o tempo de prisão administrativa” também deve ser considerado na fixação do regime inicial de pena privativa de liberdade. Enfim, se dúvida alguma houvesse sobre a persistência da prisão administrativa, esse novel diploma legal a afastaria por completo. c) Internação em casas de saúde A lei fala em internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Fica claro, contudo, que a internação em casas de saúde, com finalidade terapêutica, também deve ser contemplada com a detração penal. Não teria sentido suspender a execução da pena durante o período em que o condenado fosse obrigado, por motivos de saúde, a permanecer hospitalizado. Há entendimento respeitável de que, “por necessária e permitida interpretação analógica”, deve ser admitida a detração também das penas restritivas de direitos, como limitação de fim de semana e prestação de serviços à comunidade. Acreditamos que as interdições temporárias de direitos também devem ser contempladas com o mesmo tratamento que for dispensado às outras duas espécies de penas restritivas de direitos. A interpretação mais liberal, da doutrina e da jurisprudência, tem admitido a detração por prisão ocorrida em outro processo, isto é, sem nexo processual, desde que por crime cometido anteriormente.” Capez[38], por seu turno, assim leciona acerca do instituto em comento: “É o cômputo, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, do tempo de prisão provisória, no

Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em hospital de custódia e tratamento ou estabelecimento similar. Trata-se de instituto jurídico que deve ser reconhecido pelo próprio juiz que sentencia e condena o réu. A detração deve ser levada em consideração pelo juiz que proferir sentença condenatória, para fins de fixação de regime inicial de cumprimento de pena, e não mais pelo juiz da execução penal. (...). A detração, antes da Lei n. 12.736/2012, era matéria de competência exclusiva do juízo da execução, nos termos do art. 66, III, c, da LEP. Agora, após a alteração do art. 387 do CPP, cabe ao juiz da condenação aplicá-la desde logo, para poder fixar um regime de pena mais favorável ao acusado, evitando prejuízo ao condenado com a demora dos trâmites do processo de execução penal e sua inserção desnecessária no sistema carcerário. (...).” Na mesma linha de raciocínio são as considerações de Masson[39], para quem: “Na sistemática da Lei de Execução Penal, especialmente da regra contida em seu art. 66, III, c, a detração era reconhecida exclusivamente pelo juízo da execução. Consequentemente, este instituto não produzia qualquer efeito na fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade. Destarte, se, a título ilustrativo, um réu primário havia permanecido preso por 2 (dois) anos antes da condenação definitiva, e ao final fora aplicada pena de 5 (cinco) anos de reclusão, deveria, em tese, começar a cumpri-la no regime semiaberto, e não em regime aberto, por força da inaplicabilidade do instituto previsto no art. 42 do Código Penal. Além disso, os momentos de tais acontecimentos eram completamente distintos. Enquanto o regime inicial de cumprimento da pena sempre foi estipulado pelo juiz da ação penal (processo de conhecimento), a detração penal era matéria de competência do juiz da execução e deveria ser apreciada somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (processo de execução). Mas este panorama foi profundamente alterado pela Lei 12.736/2012, responsável pela inclusão do § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, com a seguinte redação: “§ 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade”. Agora, a detração penal é matéria de competência do juiz de 1ª instância (ou do Tribunal), a ser reconhecida na fase de conhecimento, e não somente na esfera da execução. Exemplificativamente, se o acusado permaneceu preso preventivamente por 1 (um) ano, e ao final do processo foi condenado à pena de 9 (nove) anos de reclusão, o magistrado deverá aplicar a detração na própria sentença, fixando o regime inicial semiaberto para início de cumprimento da pena privativa de liberdade, correspondente ao restante da pena (8 anos), e não o regime fechado, relativo ao total da pena imposta. O legislador consagrou, explicitamente, o princípio segundo o qual “pena cumprida é pena extinta”. Nos dizeres de Nucci, detração: “É a contagem no tempo da pena privativa de liberdade e da medida de segurança do período em que ficou detido o condenado em prisão provisória, no Brasil ou no exterior, de prisão administrativa ou mesmo de internação em hospital de custódia e tratamento. Ex.: se o sentenciado foi preso provisoriamente e ficou detido por um ano até a condenação transitar em julgado, sendo apenado a seis anos de reclusão, cumprirá somente mais cinco. (...).” Prossegue o autor dissertando acerca da ligação entre a detração e a fixação do regime inicial de cumprimento da pena: “A aplicação da detração não deveria influenciar o juiz na fixação do regime inicial de cumprimento da pena. Desse modo, por exemplo, se o agente ficasse preso por 2 anos, preventivamente, para depois ser



condenado a 9 anos de reclusão (o que exigiria a fixação do regime fechado inicial), não haveria como o magistrado da condenação fazer o desconto referente à detração, a fim de considerar que tivesse ele apenas mais 7 anos para cumprir, impondo-lhe o regime semiaberto. Porém, atualmente, confirma-se a imensa lentidão do Judiciário para dar fim ao processo criminal, acarretando ao preso cautelar diversos problemas e obstáculos, tanto assim que se criou na jurisprudência o direito à execução provisória da pena. Diante disso, soa-nos justo computar o tempo de prisão provisória, extenso e difícil para o acusado, para o fim de cálculo do regime inicial de cumprimento da pena. No exemplo supracitado, poderia ele receber o regime semiaberto, evitando-se maiores transtornos para a execução da pena. Essa posição doutrinária terminou consagrada pela Lei 12.736/2012, que incluiu no art. 387 do Código de Processo Penal o § 2.º (...).” Como destacado por Ricardo Schmitt: “A Lei nº 12.736, de 30 de novembro de 2012, entrou em vigora na data de sua publicação e promoveu modificação substancial à fixação do regime prisional na sentença penal condenatória, conferindo um § 2º ao art. 387 do Código de Processo Penal (...) Diante desse novo dispositivo legal inserido na sistemática penal, passamos a observar que a partir do momento em que o condenado teve antecipadamente restringida sua liberdade no curso do procedimento (investigatório ou judicial), em decorrência de prisão provisória ou internação, o juiz sentenciante deverá computar o referido tempo para fins de estabelecer o regime prisional adequado (ideal) para o cumprimento da pena privativa de liberdade dosada em definitivo. (...) Sabemos que a detração é matéria de direito penal (art. 42 do CP) (...) De sua definição legal, encontramos os seguintes elementos característicos: a) verbo nuclear: computar; b) que seja aplicada, no final da sentença, pena privativa de liberdade ou medida de segurança; c) o período do cálculo deverá abranger a prisão provisória ou a internação ou o tratamento psiquiátrico. (...) não há compatibilidade conceitual entre 387, § 2º, do Código de Processo Penal com o conceito de detração previsto no art. 42 do Código Penal, eis que este é bem mais amplo. Deveras, não existe, por exemplo, a possibilidade de consideração do tempo da prisão provisória para redução do quantum da pena aplicado na sentença, assim, em que pese a existência de entendimentos contrários, o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal limita a atividade do juiz na fase de conhecimento exclusivamente ao cômputo do tempo de prisão provisória para fins de determinação do regime prisional inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada na sentença. O julgador, nessa linha de raciocínio, não recebeu do legislador a pela possibilidade de aplicação da detração, até porque isso significaria a revogação do artigo 66, inciso III, alínea c, da Lei de Execução Penal, mas apenas a possibilidade de manejar o regime prisional considerando o tempo de prisão provisória já suportando pelo condenado no interesse da preservação do resultado útil do processo penal. (...).” Sobre a forma como deverá ser realizada a detração para fins de fixação da pena, existem três correntes, conforme se demonstrará a seguir. Para a primeira corrente, à qual se filia Ricardo Schmitt, a detração só terá o condão de alterar o regime inicial a ser fixado, se o tempo de prisão cautelar for superior ao lapso temporal para a primeira progressão de regime, nos termos do art. 112, da LEP. Já a segunda corrente, que conta com a concordância de Renato Brasileiro, destaca que o parâmetro para fixação do regime inicial de cumprimento da pena é a pena final após a detração, de forma que é irrelevante averiguar se o tempo da custódia preventiva supera ou não o lapso mínimo para a

progressão de regime. O citado autor assim exemplifica: “(...) suponha-se que um acusado primário, que permaneceu preso preventivamente durante 4 (quatro) anos, tenha sido condenado irrecorrivelmente à pena de 12 (doze) anos de reclusão pela prática do crime de homicídio qualificado (art. 121, § 2º). Nesse caso, ante o disposto no art. 387, § 2º, do CPP, caberá ao próprio juiz do processo de conhecimento reconhecer que o acusado ficara preso cautelarmente por 4 (quatro) anos, conferindo-lhe, então, a detração desse período, de modo que o restante da pena a ser cumprido passe a ser de 8 (oito) anos (...).”[40] No que diz respeito à terceira corrente, esta consigna que a detração não tem o condão de alterar o regime inicial do cumprimento da pena, porquanto tal ato consubstanciaria em verdadeira progressão de regime, instituto que atrai a análise de requisitos objetivos e subjetivos, sendo da competência do juízo da execução. De pronto, ressalto que filiamo-nos à segunda corrente, tendo em vista que esta traduz o espírito do legislador ao reformar a norma processual penal, buscando desde já, desde a prolação da sentença, desde o juízo de conhecimento, analisar a possibilidade de se atribuir regime menos gravoso ao réu que já se encontrava privado de sua liberdade, traduzindo-se na competência do juízo sentenciante sem afetar a do juízo da execução que, por sua vez, analisará, no momento oportuno, os requisitos para a progressão de regime. Na mesma linha de entendimento, seguem os seguintes julgados da Corde de Cidadania: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. RECEPÇÃO. DOSIMETRIA. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I – A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício. II – O parágrafo 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei n. 12.736/2012, determina que o tempo de prisão cautelar deve ser considerado para a determinação do regime inicial de cumprimento de pena, vale dizer, a detração do período de segregação cautelar deve ser considerada já no estabelecimento do regime inicial pela decisão condenatória. Ainda, tem-se que as alterações trazidas pelo diploma legal supramencionado não afastaram a competência concorrente do Juízo das Execuções para a detração, nos termos do art. 66 da Lei n. 7.210/1984, sempre que o Magistrado sentenciante não houver adotado tal providência. III – Na hipótese, verifica-se a ocorrência do constrangimento ilegal, uma vez que a autoridade coatora analisou a questão da detração, apenas sob o prisma da progressão de regime, em contrariedade ao que determina o comando normativo. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício. (STJ – HC: 523286 SP 2019/0216422-7, Relator: Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), Data de Julgamento: 12/11/2019, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/11/2019) HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE NULIDADE DO JULGAMENTO DO RECURSO INTERPOSTO PELO PARQUET. RECURSO DE APELAÇÃO QUE PEDIU O AUMENTO DA PENA. AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DE ADEQUAÇÃO DO REGIME PRISIONAL E ÓBICE À SUBSTITUIÇÃO. IRRELEVÂNCIA. MODO DE EXECUÇÃO DA PENA. CONSECUTÓRIO LÓGICO DO REDIMENSIONAMENTO. DETRAÇÃO DA PENA OPERADA PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU PARA EFEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL. INOBSERVÂNCIA PELA CORTE LOCAL.

PENA REMANESCENTE NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. PACIENTE QUE FAZ JUS AO REGIME ABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 2. Esta Corte Superior possui entendimento no sentido de que a alteração do modo de execução da pena constitui consectário lógico da majoração das reprimendas, de forma que o respectivo aumento, nos limites da pretensão recursal, não impede que o órgão julgador promova a adequação do regime prisional e afaste a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. 3. Assim, não há falar em nulidade do julgamento que, redimensionando a pena da acusada, nos limites do pleito recursal, opera a adequação do regime prisional e obsta a substituição por restritiva de direitos. 4. Não obstante, o Juízo de primeiro grau, em observância ao disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, considerou o tempo de prisão provisória cumprida pela paciente para efeito de fixação do regime prisional, cujo cômputo, mesmo após o redimensionamento da pena em sede recursal, enseja apenamento não superior a 4 anos. 5. Em consequência, sendo o quantum da condenação o único fundamento utilizado pela Corte local para fixar o regime semiaberto, operada a detração já reconhecida na origem, a paciente faz jus ao regime aberto, na esteira do art. 33, § 2º, alínea c, do CP c/c 387, § 2º, do CPP. 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para alterar o regime prisional para o aberto. (STJ – HC: 342011 PR 2015/0298625-0, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 03/05/2016, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/05/2016) Dito isto, vê-se que no caso sub examine, a sentença a quo foi prolatada em 18/12/2023, condenando os acusados a uma pena definitiva de 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado. Do decisum constou o seguinte trecho acerca da detração: Nos termos do § 2º, do art. 387, do Código de Processo Penal, anoto que os réus foram presos em 24.03.2023 e assim permanecem, o que não altera o regime de cumprimento das penas impostas. Estudando o excerto supratranscrito, forçoso é o reconhecimento de que a sentença a quo merece reparo, no particular, uma vez que, tendo sido os Apelantes presos em flagrante no dia 24/03/2023 e a sentença tendo sido proferida em 18/12/2023, o período a ser detraído é de 8 (oito) meses e 6 (seis) dias, o que resultaria, para fins de fixação do regime inicial, em uma pena de 7 (sete) anos 7 (sete) meses e 24 (vinte e quatro dias), compatível, em tese, com o regime semiaberto. 4. Do regime inicial do cumprimento da pena Afirmam os Recorrentes estarem presentes os requisitos para a fixação do regime semiaberto para iniciar o cumprimento da pena, visto que atende a todos os requisitos constantes no artigo 33, § 2º, alínea b, bem como o § 3º do mesmo artigo, ambos do Código Penal. O tipo penal atribuído aos Recorrentes é o crime de roubo (art. 157, do CP), que tem no dispositivo legal a pena privativa de liberdade na modalidade de reclusão. O art. 33, do CP, ao tratar da pena de reclusão, assim prevê: 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. (...) § 2º – As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: 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. Vê-se, assim, que para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve-se levar em consideração além da pena definitiva, as circunstâncias judiciais valoradas, e também, conforme narrado acima, a detração do tempo que o apenado ficou privado preventivamente de sua liberdade. Volvendo olhares para o caso em comento, constata-se que o Magistrado a quo, quando da primeira fase da dosimetria da pena, ao analisar as circunstâncias judiciais, entendeu que, com relação aos dois Acusados, ora Apelantes, estas se mostravam favoráveis, de forma que fixou a pena-base no mínimo legal para ambos. Por oportuno, destaque-se, que os Recorrentes não são reincidentes. Já na segunda fase, havia a presença de duas circunstâncias atenuantes que não puderam ser valoradas, em observância à Súmula 231, do STJ (menoridade relativa e confissão). Em que pese se tratar o presente caso de crime de roubo majorado praticado (por emprego de arma de fogo e concurso de pessoas) em continuidade delitiva, é assente nos Tribunais Superior o entendimento de que a gravidade em abstrato do delito não pode atrair a aplicação de regime mais severo do que o abstratamente relacionado à pena aplicada. É o que se extrai dos seguintes verbetes sumulares: Súmula 718 do STF. 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 719 do STF. A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada exige motivação idônea. Súmula 440 do 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. Nesse diapasão, conforme demonstrado alhures, promovendo-se a detração, nos moldes do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, chega-se à pena de 7 (sete) anos 7 (sete) meses e 24 (vinte e quatro dias), de forma que, com fundamento no art. 33, § 2º, b, do Código Penal, fixo, para ambos o Recorrentes, o regime semiaberto para início do cumprimento da pena definitiva estabelecida na sentença condenatória. 5. Do direito dos Réus de recorrer em liberdade Defendem os Apelantes que preenchem os requisitos para que lhes seja deferido o direito de recorrer em liberdade, rememorando ser a segregação cautelar medida extrema que, in casu, não se justifica. Nos moldes do § 1º do art. 387[41] do CPP, o juiz sentenciante, ao proferir sentença condenatória, decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar ao condenado, avaliando se estão ou não presentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar. A legislação processual penal, ao dispor sobre a prisão cautelar, destaca que esta é medida excepcional, somente sendo justificada se presentes os requisitos autorizadores descritos no art. 312 do Código de Processo Penal, quais sejam: o *fumus comissi delicti*, consubstanciado na prova da materialidade e indícios de autoria delitivas, e o *periculum libertatis*, possíveis de serem aferidos na necessidade de garantia da ordem pública e econômica, na conveniência da instrução criminal ou na imprescindibilidade de assegurar a aplicação da lei penal. Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente da autoria. Busca-se, por meio da excepcionalidade da prisão cautelar, salvaguardar o princípio da presunção da não

culpabilidade, também conhecido como princípio da presunção de inocência, segundo o qual ninguém pode ser considerado culpado até que haja uma sentença condenatória final. O princípio da presunção de inocência teve sua origem na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada em 1791, sendo posteriormente incorporado ao artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, que previu: “Toda pessoa acusada de delito tem direito que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias para a sua defesa.” No Brasil, a presunção de inocência é considerada um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, estando explicitamente consagrado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal[42], que estabelece: Art. 5º. Omissis. (...) LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória.” O referido princípio, também denominado de presunção de não culpabilidade, é conceituado por Renato Brasileiro de Lima[43], da seguinte forma: “(...) o direito de não ser declarado culpado senão após o término do devido processo legal, durante o qual o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório)”. Segue afirmando[44] que: “[...] Comparando-se a forma como referido princípio foi previsto nos Tratados Internacionais e na Constituição Federal, percebe-se que, naqueles, costuma-se referir à presunção de inocência, ao passo que a Constituição Federal em momento algum utiliza a expressão inocente, dizendo, na verdade, que ninguém será considerado culpado. Por conta dessa diversidade terminológica, o preceito inserido na Carta magna passou a ser denominado de presunção de não culpabilidade”. Para Renato Brasileiro[45], do princípio da presunção de inocência (ou presunção de não culpabilidade) derivam duas regras fundamentais: a regra probatória (também conhecida como regra de juízo) e a regra de tratamento. A respeito da regra de tratamento, aduz o autor[46] que a privação cautelar da liberdade, sempre qualificada pela nota da excepcionalidade, somente se justifica em hipóteses estritas, ou seja, a regra é responder ao processo penal em liberdade, a exceção é estar preso. Com a proficiência de costume, explica que: “São manifestações claras desta regra de tratamento a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias e a impossibilidade de execução provisória ou antecipada da sanção penal. Portanto, por força da regra de tratamento oriunda do princípio constitucional da não culpabilidade, o Poder Público está impedido de agir e de se comportar em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao acusado, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, enquanto não houver o fim do processo criminal. O princípio da presunção de inocência não proíbe, todavia, a prisão cautelar ditada por razões excepcionais e tendente a garantir a efetividade do processo, cujo permissivo decorre inclusive da própria Constituição (art. 5º, LXI), sendo possível se conciliar os dois dispositivos constitucionais desde que a medida cautelar não perca seu caráter excepcional, sua qualidade instrumental, e se mostre necessária à luz do caso concreto”. [47] Nesse interim, Ricardo Schmitt[48] ressalta que: “Apesar de o acusado ter a seu favor o princípio da não culpabilidade (presunção de inocência) – que se refere ao mérito da ação penal –, poderá ter decretada contra si medida cautelar de prisão, pois esta não possui qualquer relação com o mérito do caso sub judice, pois se relaciona com pressupostos outros que devem justificar a imperiosa necessidade de garantir a eficácia do futuro provimento jurisdicional.”

Segundo consideração do STJ, é indispensável, por ocasião da prolação da sentença condenatória, que o magistrado fundamente, com base em dados concretos extraídos dos autos, a necessidade de manutenção ou imposição de segregação cautelar, ainda que tal fundamentação se dê mediante emprego da técnica per relationem, quando o juiz sentenciante faz expressa remissão aos motivos da decretação da prisão preventiva devido à permanência das razões que a ensejaram.[49] Foi exatamente da maneira deposta acima que agiu o Magistrado sentenciante, que fundamentou a manutenção da segregação cautelar dos Recorrentes nos seguintes termos: “Mantenho a prisão preventiva decretada e nego aos réus o direito de recorrerem em liberdade em face da gravidade concreta do crime, do modus operandi e do risco de reiteração delitiva. Além disso, se o acusado permaneceu preso durante a instrução, não deve ser permitido recorrer em liberdade, especialmente porque, inalteradas as circunstâncias que justificaram a custódia, não se mostra adequada sua soltura depois da condenação em juízo de primeiro grau.” Como se vê a manutenção da custódia preventiva encontra-se devidamente justificada na garantia da ordem pública, vulnerada em razão da gravidade concreta do delito, do modus operandi e do risco da reiteração delitiva, somado ao fato de que os Réus permaneceram presos durante toda a instrução processual. Nesse diapasão, há precedentes na jurisprudência do STJ no sentido de que a periculosidade do agente, revelada pelo modo de agir, justifica a decretação da prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal (RHC n. 81.343/SP, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 6/4/2017), além do entendimento de que, tendo os pacientes permanecido presos durante toda a instrução processual, não deve ser permitido recorrer em liberdade, especialmente porque, inalteradas as circunstâncias que justificaram a custódia, não se mostra adequada a soltura depois da condenação em Juízo de primeiro grau (HC n. 648.008/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 16/4/2021). Analisando os fatos narrados nos autos, infere-se que os Recorrentes foram presos em flagrante pela prática, em um mesmo dia, de 4 (quatro) crimes de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e concurso de agentes, praticados em continuidade delitiva (art. 157, § 2º, II e § 2º-A, I c/c art. 71, todos do CP), tendo, inclusive, durante a prática de um dos delitos, ameaçado várias vezes de morte uma das Vítimas, apontando-lhe a arma de fogo, o que demonstra especial periculosidade no modo de agir e atrai a aplicação do entendimento jurisprudencial esposado acima. Nessa esteira corroborando com o quanto exposto acima, citem-se, ainda, os seguintes julgados da Corte Cidadã: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. MODUS OPERANDI. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. IMPOSSIBILIDADE. CONDIÇÕES FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA IN CASU. AUSÊNCIA DE PROVA JUDICIALIZADA E AUTORIA DELITIVA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO PENDENTE DE JULGAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O exame do decreto prisional e da sentença de pronúncia evidencia que o disposto no art. 413, § 3º, do Código de Processo Penal, foi devidamente observado, pois foram indicados fundamentos concretos para a manutenção da prisão cautelar anteriormente imposta ao ora agravante. Segundo o disposto no referido comando normativo, "o juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ". 2. No caso, a prisão preventiva foi mantida em decorrência da gravidade concreta da conduta e da

periculosidade social do recorrente, extraídas do modus operandi do delito (...). 3. Condições subjetivas favoráveis do agente, por si sós, não impedem a prisão cautelar, caso se verifiquem presentes os requisitos legais para a decretação da segregação provisória. 4. Os fundamentos adotados para a imposição e manutenção da prisão preventiva indicam, no caso, que as medidas alternativas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública e evitar a prática de novos crimes. (...) 6. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no HC: 835703 PI 2023/0228629–8, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 18/12/2023, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/12/2023) AGRADO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTÂNCIADO. PRISÃO PREVENTIVA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. VEDAÇÃO DO RECURSO EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. PRECEDENTES. 1. Deve ser mantida por seus próprios fundamentos a decisão monocrática que denegou o habeas corpus. 2. Caso em que a medida extrema não é decorrência automática da sentença condenatória. A prisão preventiva mantida na sentença encontra-se devidamente justificada na garantia da ordem pública, vulnerada em razão da gravidade concreta do delito, do modus operandi e periculosidade do agente, além do fato de haver permanecido preso durante toda a instrução processual. 3. Há precedentes de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção dispondo que a periculosidade do agente, revelada pelo modo de agir, justifica a decretação da prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal (RHC n. 81.343/SP, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 6/4/2017), além do entendimento de que, [t]endo os pacientes permanecido presos durante toda a instrução processual, não deve ser permitido recorrer em liberdade, especialmente porque, inalteradas as circunstâncias que justificaram a custódia, não se mostra adequada a soltura depois da condenação em Juízo de primeiro grau ( HC n. 648.008/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 16/4/2021). 4. Agravo regimental improvido. (STJ – AgRg no HC: 720591 SP 2022/0024596–7, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 29/03/2022, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/04/2022) HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ROUBO. CONDENAÇÃO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE NEGADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. 1. Dispõe o Código de Processo Penal que "o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta"(art. 387, § 1º). 2. Considera-se legítima a motivação delineada pela sentença condenatória ao manter a prisão preventiva do paciente ante o modus operandi utilizado e sua vivência delitativa, não havendo falar-se em constrangimento ilegal no aresto impetrado. 3. Habeas corpus denegado. (STJ – HC: 692857 SP 2021/0292191–2, Relator: Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Data de Julgamento: 15/02/2022, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/02/2022) Considerando a fundamentação acima expendida, reputo indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, uma vez que se mostram insuficientes para o resguardo da ordem pública. Assim, a necessidade de se manter os Recorrentes segregados está demonstrada, não se revelando adequado possibilitar-lhes recorrer em liberdade. Impende ressaltar que o STJ já se manifestou no sentido de que “não há incompatibilidade na fixação do modo semiaberto de cumprimento da pena e o instituto da prisão preventiva, bastando a adequação da constrição ao modo de execução estabelecido (AgRg no RHC 110.762/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/5/2020, DJe 3/6/2020)” – AgRg no HC n.

627.718/RS, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 14/12/2020. [50] Desta feita, mantenho a decisão primeva no capítulo em que negou aos Apelantes do direito de recorrer em liberdade, devendo-se adequar a prisão preventiva ao regime semiaberto ora imposto. III. CONCLUSÃO Ante o exposto, voto no sentido de CONHECER e DAR PARCIAL PROVIMENTO ao presente Recurso de Apelação para, aplicando a detração, fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena definitiva constante da sentença condenatória, bem como para determinar que se adeque a prisão preventiva ao regime ora imposto (semiaberto), com o imediato encaminhamento dos Sentenciados ao estabelecimento adequado. Salvador, data de inclusão no sistema. Des. Geder Luiz Rocha Gomes Relator GLRG VII (238) [1]Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1597. [2]Idem, p. 1596. [3]DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. Manuale di Diritto Processuale Penale. Milano, CEDAM, 1997. p. 685. [4]Curso de direito processual penal / Guilherme de Souza Nucci. – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1418. [5]“O termo apelação deriva do vocábulo latino appellationem, no sentido de recurso de juiz inferior para superior, oriundo do verbo appellare, recorrer a tribunal superior. A apelação sempre teve como característica a natureza definitiva da sentença de que se recorre para instância superior e nisso se distingue do recurso em sentido estrito, que é interposto, em regra, das decisões interlocutórias” (Câmara Leal, Comentários ao Código de Processo Penal , v. IV , p. 78). Na mesma ótica, Florêncio de Abreu (Comentários ao Código de Processo Penal , v. V, p. 280). [6]Manual dos recursos penais / Gustavo Henrique Badaró. – 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.235. [7]Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020., p. 1709–1710. [8]SCHMITTI, Ricardo Augusto. Sentença penal condenatória: teoria e prática. 18. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024. [9]NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena, p. 30. [10]SCHMITTI, Ricardo Augusto. Sentença penal condenatória: teoria e prática. 18. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024 [11]Art. 61 – São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I – a reincidência; II – ter o agente cometido o crime: a) por motivo fútil ou torpe; b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum; e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão; h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade; j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido; l) em estado de embriaguez preordenada. [12]Art. 62 – A pena será ainda agravada em relação ao agente que: I – promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II – coage ou induz outrem à execução material do crime; III – instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; IV – executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de



recompensa [13]Art. 65 – São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) I – ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; II – o desconhecimento da lei; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) III – ter o agente: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou. [14]Art. 66 – A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei. [15]SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença penal condenatória: teoria e prática. 18. Ed. Salvador: JusPodivm, 2024. [16]SMANIO, Gianpaolo Poggio; SMANIO, Gianpaolo Poggio. Direito penal: parte geral. São Paulo: Atlas, 2019. [17]MASSON, Cleber. Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120) – vol. 1. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2019. [18] MASSON, Cleber. Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120) – vol. 1. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019. [19] SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. Direito penal: parte geral. São Paulo: Atlas, 2019. [20]CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral: arts. 1º a 120. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. [21] BITENCOURT, Cezar Roberto. Código penal comentado. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. [22] NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. [23] SCHMITT, Ricardo. Sentença penal condenatória: teoria e prática. 18. ed. Salvador, JusPodivm, 2024. [24]NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena. 7ª ed. revista, atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 241. [25]CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 455. [26]DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 3. Ed. São Paulo: RT, 2010, p. 622. [27]SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença penal condenatória: teoria e prática. 18. Ed. Salvador: JusPodivm, 2024. [28]MASSON, Cleber. Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120) – vol. 1. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2019. [29]SMANIO, Gianpaolo Poggio; SMANIO, Gianpaolo Poggio. Direito penal: parte geral. São Paulo: Atlas, 2019. [30]CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral: arts. 1º a 120. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. [31]MASSON, Cleber. Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120) – vol. 1. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2019. [32]NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: volume único. 19. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2023. [33]SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença penal condenatória: teoria e prática. 18. Ed. Salvador: JusPodivm, 2024. [34]BITENCOURT, Cezar Roberto. Código penal comentado. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. [35]Art. 5º. Omissis. (...) XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; [36]Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/17052023-Audiencia-publica-reune-entidades-para-debater-sumula-que-impede-penas->

abaixo-do-minimo-legal.aspx. Acesso em: 12/03/2024. [37] BITENCOURT, Cezar Roberto. Código penal comentado. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. [38] CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral: arts. 1º a 120. 23. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. [39] MASSON, Cleber. Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120) – vol. 1. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019. [40] LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. [41] Art. 387. Omissis. (...) § 1º. O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta. [42] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. [43] LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. [44] Op.cit. 43. [45] Op.cit. 43. [46] Op.cit. 43. [47] Op.cit. 43. [48] SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença penal condenatória: teoria e prática. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2024. [49] STJ – AgRg no HC: 835703 PI 2023/0228629-8, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 18/12/2023, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/12/2023. [50] STJ – AgRg no HC: 704574 PE 2021/0354495-9, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 08/02/2022, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/02/2022