**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.422.370 - RN (2018/0345251-5)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO RIBEIRO DANTAS** |
| AGRAVANTE | : | FRANCISCO DE ARAUJO DANTAS |
| ADVOGADO | : | GABRIEL BULHÕES NOBREGA DIAS - RN013096 |
| AGRAVANTE | : | ANTONIO MARTINS FILHO |
| ADVOGADO | : | ARTUR RICARDO ROQUE CELESTINO DE SOUZA - RN007476 |
| AGRAVADO | : | MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE |

**DECISÃO**

Trata-se de agravo interposto por **ANTÔNIO MARTINS FILHO** contra decisão que não admitiu recurso especial amparado na alínea "a" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, ofertado de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, assim ementado, na parte que interessa:

> "[...] PLEITO DE REVISÃO DA DOSIMETRIA: ACATAMENTO EM PARTE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS INIDONEAMENTE FUNDAMENTADAS. CORREÇÃO.[...] RECURSOS PARCIALMENTE CONHECIDOS E PROVIDOS EM PARTE.[...]" (e-STJ, fl. 2665)

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ, fls. 2.786-2.791).

Nas razões do recurso especial (e-STJ, fls. 2.812-2.820), a defesa aponta violação aos artigos 33, 44 e 59, todos do Código Penal, ao argumento de que o recorrente faz jus ao cumprimento da pena em regime aberto, uma vez que a pena-base foi fixada no mínimo legal de 4 anos de reclusão, tendo a Corte de origem analisado de forma favorável todas as circunstâncias judiciais.

Aduz, ademais, que o recorrente preenche os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal, razão pela qual é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

Alega, por fim, que deve ser descontado da reprimenda o período em que o recorrente ficou preso provisoriamente, promovendo-se a detração da pena.

Requer o provimento do recurso com a reforma do acórdão recorrido, para que seja fixado o regime aberto, bem como seja feita a detração quanto aos dias em que o recorrente ficou preso provisoriamente.

O recurso foi inadmitido com fundamento na Súmulas 7/STJ (e-STJ, fls. 3029-3030). Daí este agravo (e-STJ, fls. 3.048-3.056), no qual o agravante afirma que não pretende o reexame de provas e fatos nessa via recursal.

Contraminuta ao agravo às fls. 3.065-3.068 (e-STJ).

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento e provimento do recurso (e-STJ, fls. 3.095-3.099).

**É o relatório.**

Decido.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do agravo e passo à

análise do recurso especial.

A irresignação merece prosperar.

No presente caso, consoante se observa, o Tribunal de origem afastou a valoração negativa das circunstâncias judiciais que foram analisadas de forma desfavorável na sentença, redimensionando a pena-base ao mínimo legal, nos seguintes termos:

> "Da análise das circunstâncias negativadas deflui-se que se mostram inidôneos os fundamentos utilizados para negativar a culpabilidade, os motivos e conseqüências do crime.
> Quanto à culpabilidade, é sabido que a culpabilidade normativa, que engloba a consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa e que constitui elementar do tipo penal, não se confunde com a circunstância judicial da culpabilidade (art. 59 do CP), que diz respeito à demonstração do grau de reprovabilidade ou censurabilidade da conduta praticada, de modo que no caso nada foi demonstrado de concreto que induza a maior reprovabilidade das condutas praticadas.
> No que diz respeito à consideração negativa da conduta social com base apenas em processos ainda em trâmite igualmente inidôneo, pois nos termos da súmula 444 do STJ, as ações e inquéritos penais em curso não podem servir para agravar a pena-base.
> Do mesmo modo, frágil o argumento apenas do lucro fácil para negativar os motivos do crime, eis que genérico, assim como o fundamento utilizado para negativar as conseqüências do crime ao considerar simplesmente os malefícios a sociedade, pois inerente ao tipo penal, sem a demonstração efetiva da maior reprovabilidade.
> Portanto, passo a nova dosimetria das penas cominadas, considerando as circunstâncias judiciais aqui reanalisadas:
> Delito de comércio ilegal de arma de fogo (art. 17, da Lei 10.826/2003).
> Fixo a pena-base em 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, a qual tomo definitiva, diante da ausência de atenuantes, agravantes e causas de aumento ou diminuição da pena." (e-STJ, fls. 2698-2699)

Todavia, a despeito de reduzir a pena ao mínimo legal, o Colegiado local manteve o regime semiaberto inalterado.

Quanto ao regime inicial, de acordo com a Súmula 440/STJ, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito"; e com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

A seguir, parcialmente transcritas, ementas de acórdãos desta Corte que versam sobre essa matéria e respaldam a mesma solução:

> "[...]
> 6. Fixada a quantidade da sanção devida a quem, comprovadamente, violou a norma penal, compete ao juízo natural da causa indicar, de maneira motivada e com base nos dados concretos dos autos, qual o regime inicial adequado para o cumprimento da reprimenda, não sendo possível coarctar-lhe a

> consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, indiquem como necessária, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso do que indicaria a mera correspondência da quantidade da pena à previsão legal.
> 7. Afastada a valoração negativa dos antecedentes e da personalidade do agente, o que ensejou a fixação da pena-base no mínimo legal, não subsiste motivação idônea para justificar a imposição de regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso.
> 8. Diante da pena imposta ao paciente, é incabível a suspensão condicional da pena, pois a reprimenda é superior a 2 anos de reclusão (art. 77, *caput*, do Código Penal).
> 9. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para reduzir a pena imposta e para fixar o regime inicial aberto de cumprimento da reprimenda."
> (HC 225.531/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2016).
>
> "[...]
> É inidônea a fixação de regime inicial mais severo com apoio apenas na opinião em abstrato do julgador quanto ao crime em apreço, sobretudo quando o apenado é primário e a pena-base não vai além do mínimo legal, como na espécie. Súmula n. 440 do STJ."
> (REsp 1.409.857/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2014).

Com efeito, o recorrente é primário e as circunstâncias do crime não desbordam das próprias ao crime em questão, tanto é que a pena-base foi estabelecida no piso legal, não se afigurando razoável que a Corte de origem mantenha o regime prisional mais grave que o admitido pela quantidade de pena.

Portanto, de rigor o provimento do recurso para que seja fixado o regime aberto.

Por fim, pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente e valoração favorável das circunstâncias judiciais), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a serem definidas pelo Juízo de Execução, ao qual compete também a análise quanto à detração do período em que o recorrente ficou preso provisoriamente.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c art. 253, parágrafo único, II, *c*, do RISTJ, **conheço** do agravo e dou **provimento** ao recurso especial, a fim de fixar o regime aberto para o cumprimento inicial da pena imposta ao recorrente, bem como conceder a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução Penal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 19 de fevereiro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Ministro