RECURSO ESPECIAL Nº 1.792.511 - RO (2019/0018373-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
RECORRENTE	:	MILEID ALVES DE MELO (PRESO)
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RONDÔNIA
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES. ABRANDAMENTO DO REGIME CARCERÁRIO. SEMIABERTO. JULGAMENTO NÃO UNÂNIME DA APELAÇÃO. NÃO INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS INFRINGENTES NO 2º GRAU. AUSÊNCIA DE EXAURIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 207 DO STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **MILEID ALVES DE MELO**, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a,** da Constituição da República, contra o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, assim ementado (fl. 180):

> *"Apelação criminal. Furto qualificado pelo concurso de agentes. Ré reincidente. Pena igual a 4 anos de reclusão. Regime fechado. Modificação para o semiaberto. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Impossibilidade.*
>
> *A reincidência impõe o agravamento do regime, devendo-se considerar ainda as circunstâncias judiciais e, sendo estas desfavoráveis, cabível a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade."*

Nas razões do recurso especial, a Defesa sustenta a violação ao art. 33, § 2º, alínea **b**, do Código Penal. Pleiteia, pois, o abrandamento do regime carcerário.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 198-202), o recurso foi admitido na origem e os autos ascenderam a esta eg. Corte de Justiça.

O Ministério Público Federal apresentou parecer pelo **desprovimento** do recurso especial (fls. 218-221).

É o relatório.

Decido.

O recurso não merece conhecimento.

Consta dos autos que a parte recorrente foi condenada às penas de **04 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e de pagamento de 37 (trinta e sete) dias-multa**, pela prática do delito previsto no art. 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal. (furto qualificado pelo concurso de agentes).

Em segunda instância, o eg. Tribunal **a quo**, **por maioria**, negou provimento ao apelo interposto pela recorrente.

Sobreveio o presente recurso especial, no qual, consoante relatado, pretende-se a fixação do regime inicial semiaberto para desconto da reprimenda.

Pois bem.

No presente caso, houve divergência no Colegiado quando do julgamento da apelação, resultando em julgamento não unânime, conforme se verifica pela leitura do **extrato da ata**, bem como pela declaração de voto vencido, por meio do qual destaco trechos do voto proferido pela Senhora Desembargadora, relatora, **Marialva Henriques Daldegan Bueno** (fls. 182, grifei):

"O magistrado sentenciante ao impor o regime prisional fechado à apelante para início do cumprimento de sua pena, o fez em razão da desfavorabilidade das circunstâncias judiciais e da reincidência específica da recorrente (fl. 115) conforme se constata pela certidão circunstanciada criminal de fls. 55/58.

Todavia, analisando a certidão circunstanciada criminal da apelante (fls. 55/58), observa-se que a mesma não registra antecedentes, ostentando somente a condição de reincidente, conforme condenação nos Autos n. 0004647-87.2016.8.22.0002 e sua Execução Penal n. 1001141-52.2017.8.22.0002 que ainda não está findada.

Das demais circunstâncias do art. 59 do CP, o magistrado a quo apenas fundamentou concretamente como negativa "as circunstâncias do fato", eis que a recorrente e seu comparsa, em via pública, horário noturno, se dirigiram à vítima e subtraíram o aparelho celular.

É certo que já se encontra sedimentado nesta Colenda Câmara que a desfavorabilidade das circunstâncias judiciais e a condição de reincidência ostentada pelo réu autorizam a fixação de regime mais gravoso que o legalmente previsto, nos termos do artigo 33, §2° e §3°, do CP, impondo assim, o agravamento do regime para o imediato subsequente na gradação do dispositivo citado.

No entanto, entendo que, no caso concreto, ***revela-se desproporcional a imposição do regime fechado*** *para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta à apelante, considerando a quantidade da sanção fixada (04 anos de reclusão) e o crime (furto qualificado pelo concurso de agentes), cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa. Além disso,* **a desfavorabilidade das circunstâncias do fato e a condição de reincidente ostentada pela recorrente não justificam tamanho agravamento.**

Desta forma, a meu ver, ***o regime semiaberto se mostra suficiente para reprovação e ressocialização da sentenciada****.*

Em face do exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso de MILEID ALVES DE MELO para MODIFICAR o seu regime inicial de cumprimento de pena,
para o SEMIABERTO."

Da Certidão de julgamento consta o seguinte (fl.180, grifei): *"Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, em, POR UNANIMIDADE, REJEITAR A PRELIMINAR E,* ***POR MAIORIA, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO. VENCIDA A RELATORA****."*

Nos termos do art. 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal, **são cabíveis embargos infringentes e de nulidade quando a decisão desfavorável ao réu não for unânime**. Somente após o julgamento desses embargos é que se pode falar em encerramento da jurisdição da instância ordinária, preenchendo-se assim, a condição exigida pelo art. 105, inciso III, da Constituição Federal, que afirma ser cabível o recurso especial em face de **causas decididas** em única ou última instância.

Com efeito, não tendo sido encerrada a prestação jurisdicional pelo eg. Tribunal de origem, não há como prosseguir a análise do pedido aqui formulado.

Nesse sentido é o teor do enunciado sumular n. 207 deste col. Superior Tribunal de Justiça, que dispõe, **verbis**: *"é inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem".*

Ilustrativamente:

> *"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO PROFERIDO POR MAIORIA DE VOTOS. NÃO INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS INFRINGENTES. SÚMULA N. 207 DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO.*
>
> *1. Nos termos da Súmula n. 207 do STJ, "É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no Tribunal de origem".*
>
> *2. Agravo regimental desprovido."* (AgRg no REsp 1708043/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 02/04/2018).
>
> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO NÃO CONHECIDO. ACÓRDÃO PROFERIDO POR MAIORIA DE VOTOS. NÃO INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS INFRINGENTES. SÚMULA N. 207 DO STJ. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
>
> *1. Segundo o entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça, não se permite o enfrentamento, por esta Corte, de temas constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento, em detrimento da competência do Supremo Tribunal Federal (art. 109, I, CF).*
>
> *2. Nos termos da Súmula n. 207 do STJ, 'É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no Tribunal de origem'.*
>
> *3. No caso dos autos, não houve o devido esgotamento de instâncias, uma vez que o recorrente não opôs embargos infringentes contra o acórdão recorrido, que foi aprovado por maioria de votos desfavoráveis ao réu.*

*4. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1622169/MG, **Sexta Turm**a, Rel. **Min. Rogerio Schietti Cruz**, DJe 31/08/2017)*

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, inciso I, do Regimento Interno do STJ, **não conheço** do recurso especial.

P. e I.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator