AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.345.922 - SP (2018/0209235-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE	:	JOHNNY MARLEY CRAVO DE ALMEIDA
ADVOGADO	:	LAILA MARIA FOGAÇA VALENTE - SP271411
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de agravo contra decisão que não admitiu recurso especial interposto com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal.

Consta dos autos que o ora agravante, junto com outros corréus, foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal (roubo majorado), às penas de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 13 dias-multa, conforme a sentença às fls. 173/187.

Irresignada a defesa interpôs recurso de apelação, que restou desprovido, conforme acórdão de fls. 311/323.

Os embargos de declaração foram rejeitados (fls. 339/344).

Na sequência, a defesa interpôs recurso especial, no qual alega violação dos arts. 386, VII, do Código de Processo Penal e 33, § 2º, "b", do Código Penal,

Sustenta que não há provas para a condenação, bem como o regime fechado foi fixado com base na gravidade abstrata do delito, sendo que as circunstâncias judiciais são favoráveis e a pena-base foi fixada no mínimo legal.

A r. decisão agravada não admitiu o recurso especial haja vista a incidência da Súmula n. 7 desta Corte.

Contraminuta às fls. 462/466. O Ministério Público Federal opina pelo parcial provimento do agravo (fls. 482/488).

É o relatório. Decido.

O recurso merece parcial provimento.

No que tange ao pedido de absolvição, acolhimento da pretensão recursal encontra óbice no enunciado n. 7 da Súmula do STJ, por demandar profundo revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos, o que não se viabiliza em recurso especial. Nessa linha:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO

REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AOS ARTS. 28 E 33, AMBOS DA LEI N.º 11.343/06 E AO ART. 386, VII, DO CPP. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PARA O DELITO DE POSSE DE ENTORPECENTES PARA CONSUMO PRÓPRIO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a existência de provas suficientes a absolver, condenar, ou desclassificar a imputação feita ao acusado.

2. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 871.789/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 14.6.2016).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ABSOLVIÇÃO. FALTA DE PROVAS. ART. 155, 226 E 386, VII, TODOS DO CPP. VERIFICAÇÃO. DOSIMETRIA. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 7 E 83 DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Não há falar em negativa de vigência ao art. 226 do Código de Processo Penal, pois a orientação do Tribunal a quo está em consonância com a jurisprudência desta Corte sobre o tema, no sentido de que "o reconhecimento pessoal isolado não anula o ato, sendo que a presença de outras pessoas junto ao réu é uma recomendação legal e, não, uma exigência" (HC 41.813/GO, Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 30/5/2005).

2. Para alterar a conclusão a que chegou as instâncias ordinárias, no sentido de se verificar a inexistência de elementos de autoria e de materialidade suficientes a desconstituir o decreto condenatório, ou se houve acerto ou desacerto no estabelecimento da dosimetria da pena, demandaria, necessariamente, revolvimento do acervo fático-probatório delineado nos autos, procedimento que encontra óbice na Súmula 7/STJ, que dispõe: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial."

3. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 651.631/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 18/12/2015).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006, 155, 156 E 386, VII, TODOS DO CPP. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE CONDENAÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A

> *QUE SE NEGA PROVIMENTO.*
>
> *1. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a existência de provas suficientes a embasar o decreto condenatório, ou a ensejar a absolvição, porquanto é vedado na via eleita o reexame de fatos e provas.Súmula nº 7/STJ.*
>
> *2. Agravo regimental a que se nega provimento* (AgRg no AREsp 671.610/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 6/5/2015).

Noutro ponto, o Tribunal *a quo* ao estabelecer o regime fechado a condenado à pena superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão, que é primário e não teve qualquer circunstância judicial prevista no art. 59 do CP valorada de forma negativa, dissentiu da jurisprudência desta Corte.

É firme neste Tribunal Superior a orientação de ser necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Nesse sentido, foi elaborado o Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte que prevê:

> *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.*

No mesmo sentido, são os enunciados ns. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:

> *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.*
>
> *A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*

O exame dos autos revela que, após fixar a pena-base no mínimo legal, por considerarem favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime fechado foi fixado pela instância ordinária sem fundamentação idônea.

Assim, seguindo o entendimento firmado por este Tribunal, a justificativa de que se trata de crime qualificado não constitui motivação suficiente, por si só, para a imposição de regime prisional mais gravoso.

Dessarte, cabível a imposição do regime semiaberto para iniciar o cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

A propósito, confiram-se os seguintes precedentes:

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. ART. 157, § 2°, INCISOS I E II, DO CP. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AFASTAMENTO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO.*
>
> *1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito - enunciado n. 440 da Súmula deste Tribunal. Na mesma esteira, são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.*
>
> *2. É necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do CP ou em outra situação que demonstre a gravidade concreta do crime. Precedentes.*
>
> *3.* In casu, *reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade do acusado - a quem foi imposta reprimenda definitiva em 6 anos e 6 meses de reclusão -, cabível a imposição do regime inicial semiaberto para o cumprimento da sanção corporal, ante a inexistência de motivação concreta que justifique o regime mais gravoso. Incidência do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.*
>
> *4. Agravo regimental não provido.* (AgRg no REsp 1.658.889/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe de 21/6/2017).

> HABEAS CORPUS. WRIT *SUBSTITUTIVO. ROUBO. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *1. Para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as diretrizes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a gravidade concreta do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo quantum da pena.*
>
> *2. Ainda que a pena-base haja sido fixada no mínimo legal, o* quantum *de pena tenha sido definido em 2 anos e 8 meses de reclusão e o paciente seja primário, o regime inicial fixado foi o semiaberto, justificado, unicamente, pela gravidade abstrata do delito e pelo desassossego gerado na sociedade pela prática do crime de roubo, elementos que não constituem fundamento idôneo para a imposição de regime inicial mais gravoso, consoante disposto nos §§ 2º e 3º do art. 33 do Código Penal.*

> *3. A ausência de peculiaridades específicas do roubo majorado nulifica a imposição de regime prisional mais gravoso, por violação dos enunciados das Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719 do STF.*
>
> *4.* Habeas corpus *não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto de cumprimento de pena.* (HC 343.440/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe de 16/2/2016).

Ante o exposto, com fundamento na Súmula n. 568/STJ, dou parcial provimento ao recurso especial para fixar o regime inicial semiaberto ao recorrente, nos termos da fundamentação acima.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 19 de fevereiro de 2019.

MINISTRO **JOEL ILAN PACIORNIK**

Relator