AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.306.431 - MG (2018/0138255-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE	:	V D M
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por V D M contra decisão que não admitiu o seu recurso especial, interposto com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal – CF, em face de acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS – TJMG.

Extrai-se dos autos que o agravante foi condenado pela prática do crime previsto no art. 217-A do Código Penal – CP (estupro de vulnerável), com aplicação do artigo 214, combinado com o art. 224, "a", e o art. 225, § 1º, I, todos do CP, à pena de 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado (fls. 248/249).

A Defesa interpôs recurso de apelação que foi parcialmente provido para reduzir a pena-base ao mínimo legal. O acórdão restou assim ementado:

> *APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE. VULNERÁVEL - RECURSO DEFENSIVO: PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - DESCLASSIFICAÇÃO PARA FORMA TENTADA - IMPOSSIBILIDADE - REDUÇÃO DA PENA - POSSIBILIDADE - AFASTAMENTO DA MÁCULA DAS CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQÜÊNCIAS DO DELITO (CP, ART.59) - PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL - ISENÇÃO DE CUSTAS - JUÍZO DA EXECUÇÃO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *1. Se o conjunto probatório oferece o necessário respaldo para os fatos narrados na inicial, a manutenção da condenação é medida que se impõe, não havendo que se falar em desclassificação para a forma tentada.*
>
> *2. A fixação da pena-base é o momento em que o julgador, dentro dos limites abstratamente previstos em lei, deve eleger, fundamentadamente, o quantum ideai de pena a ser aplicada ao acusado, cujo objetivo é, sem dúvida, a prevenção e a repressão do delito praticado. In casu, o fundamentos utilizado pelo magistrado para macular as circunstâncias e conseqüências do delito não têm o condão de arrimar a desfavorabilidade pretendida, pelo que a reanálise desta é medida que se impõe, justificando-se a redução da pena-base ao patamar mínimo legal.*

3. Ainda que o acusado esteja sob o palio da assistência judiciária, deve ser mantida a condenação nas custas processuais, nos termos do no artigo 804 do Código de Processo Penal, devendo, pois, o pedido de isenção do pagamento ser promovido no Juízo da Execução, mais adequado para a aferição da alegada miserabilidade jurídica.

EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO - NECESSIDADE - EXAURIMENTO DO PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE - DECISÃO DO PLENO DO STF.

Até que seja prolatada a sentença penal, deve-se presumir a inocência do réu. Entretanto, "tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado". (Relator, Ministro Teori Zavascki Ministro - HC 126.292. p.06/07 (fl. 306)

Embargos de declaração opostos pela Defesa foram acolhidos, sem efeitos infringentes. O acórdão ficou assim ementado:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ARGUIÇÃO DE OMISSÃO - AUSÊNCIA DE APRECIAÇÃO DO PEDIDO DE ALTERAÇÃO DE REGIME PRISIONAL - OCORRÊNCIA - MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO COM BASE EM FUNDAMENTO DIVERSO DA HEDIONDEZ - EMBARGOS ACOLHIDOS SEM EFEITOS INFRINGENTES.

Apesar de esta instância ter reduzido a pena para o quantum de 06 (seis) anos de reclusão, a gravidade concreta do delito, evidenciada pelo modus operandi utilizado pelo ora embargante, sem dúvida alguma, recomenda que se mantenha a imposição do regime inicial fechado, porquanto mais adequado para a prevenção e repressão do grave delito praticado, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "a", e §3°, ambos do Código Penal, posicionamento respaldado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (fl. 332).

Em sede de recurso especial (fls. 342/349), a Defesa apontou violação ao artigo 33, § 3º, do CP, porquanto o Tribunal de origem, embora tenha considerado as circunstâncias judiciais favoráveis com aplicação da pena-base no mínimo legal, impôs o regime mais gravoso, sem observar o art. 59 do CP.

Requereu a imposição do regime semiaberto.

Contrarrazões (fls. 358/364).

A r. decisão agravada não admitiu o recurso especial haja vista óbice do revolvimento fático-probatório, conforme Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça (fls. 365/366).

Em agravo em recurso especial, a defesa refuta o referido óbice (fls. 369/373).

Contraminuta (fls. 375/377).

O Ministério Público Federal – MPF opinou pelo conhecimento e desprovimento do agravo em recurso especial (fls. 388/398).

É o relatório. Decido.

Atendidos os pressupostos de admissibilidade do agravo, passo ao exame do recurso especial.

Sobre a violação ao art. 33, § 3º, do CP, o Tribunal de origem manteve o regime inicial fechado em razão do *modus operandi*. Cito o trecho do julgamento dos embargos de declaração:

> *In casu, apesar de esta instância ter reduzido a pena para o quantum de 06 (seis) anos de reclusão, a gravidade concreta do delito, evidenciada pelo modus operandi utilizado pelo ora embargante - tio que aproveitou-se do momento em que a sobrinha optou por assistir televisão em sua companhia, ausentando-se de festinha que ocorria na casa do embargante -, sem dúvida alguma, recomenda que se mantenha a imposição do regime inicial fechado, porquanto mais adequado para a prevenção e repressão do grave delito praticado, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "a", e §3°, ambos do Código Penal, posicionamento respaldado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (fl. 336).*

No mesmo sentido, ou seja, pelo cabimento de regime inicial mais gravoso com base em justificativa concreta, mesmo diante da pena-base fixada no mínimo legal, cito precedentes:

> *HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO MAJORADO. PENA DE 5 (CINCO) ANOS E 4 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. ELEMENTOS CONCRETOS. ORDEM DENEGADA.*
>
> *1. Inexiste violação das Súmulas n.os 440 desta Corte Superior e 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal quando a fixação do regime prisional é baseada na gravidade concreta do delito. No caso, considerou-se, para a fixação de regime mais gravoso, o fato de o Paciente, juntamente, com um comparsa, ter subjugado a vítima mediante grave ameaça, bem como ter sido reconhecido por várias outras como sendo o autor de diversos roubos na mesma região.*
>
> *2. Embora fixada a pena-base no mínimo legal, a gravidade concreta do delito constitui fundamento idôneo ao recrudescimento do regime inicial.*

3. Ordem de habeas corpus denegada (HC 476.525/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 19/02/2019).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

DOSIMETRIA. TORTURA. PENA-BASE. ELEVAÇÃO. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. INIDONEIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

REGIME INICIAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AGRAVAMENTO. HIGIDEZ.

1. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, consolidou entendimento no sentido de admitir o agravamento do regime inicial, ainda que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legalmente previsto, desde que haja motivação concreta.

2. Na espécie, a presença de circunstâncias judiciais negativas demonstram a gravidade concreta do crime, justificando a necessidade de imposição de regime inicial mais severo.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para redimensionar a pena, nos termos do voto (HC 435.107/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 01/08/2018).

Ante o exposto, admito o agravo em recurso especial e, com fundamento na Súmula 568/STJ, nego-lhe provimento.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 16 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator