RE nos EDcl no AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.422.314 - ES (2018/0344519-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
RECORRENTE : RAFAEL SERRA COUTINHO
ADVOGADO : LEANDRO ATAYDE TRISTAO DE OLIVEIRA - ES015364
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SUFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO DA SUPREMA CORTE EM REPERCUSSÃO GERAL. **TEMA 339/STF**. ART. 5º, INCISO XXXV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. ÓBICE PROCESSUAL INTRANSPONÍVEL. MATÉRIA DE NATUREZA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. **TEMA 895/STF.** ART. 5º, INCISO XLVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. LEI DE DROGAS. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. **OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL**. RECURSO EXTRAORDINÁRIO, EM PARTE, NEGADO SEGUIMENTO E, NO MAIS, NÃO ADMITIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso extraordinário, interposto por RAFAEL SERRA COUTINHO, com fundamento no artigo 102, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado (fl. 370):

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NA LEI DE DROGAS. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. AFASTAMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. AGRAVO IMPROVIDO.
>
> 1. É cediço que para a aplicação da causa especial de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.° 11.343/06, o sentenciado deve preencher, cumulativamente, os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 a 2/3, a depender das circunstâncias do caso concreto. 2. Nos

> termos da jurisprudência deste Tribunal Superior de Justiça, a gravidade concreta do crime autoriza a não incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.° 11.343/06.
>
> 3. Na hipótese, o Tribunal *a quo* concluiu, de forma fundamentada, quanto a não aplicação do redutor, haja vista a grande quantidade de droga apreendida, aliada à existência de ação penal em andamento em desfavor do réu, indicando sua dedicação à atividade criminosa, circunstâncias que justificam o afastamento da benesse.
>
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados às fls. 417-424.

Nas razões do recurso extraordinário (fls. 443-454), sustenta a parte recorrente, em síntese, que está presente a repercussão geral da questão tratada e que o acórdão recorrido viola o disposto nos artigos 5º, incisos X, XXXV e XLVI; 93, inciso IX; e 105, III, da Constituição Federal.

Pontua a negativa de prestação jurisdicional, a ausência de fundamentação do *decisum* e a violação ao princípio da individualização da pena.

A parte recorrida apresentou contrarrazões (fl. 462-465).

É o relatório.

O recurso extraordinário não comporta seguimento.

Quanto à alegada afronta ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, consoante a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, reafirmada no julgamento, sob o regime de repercussão geral, do AI-RG-QO n. 791.292/PE, "o artigo 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas" (Tema 339/STF).

A ementa do aresto foi sintetizada nos seguintes termos:

> Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral.
>
> (AI 791.292 QO-RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 23/06/2010, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-149 DIVULG 12-08-2010 PUBLIC 13-08-2010 EMENT VOL-02410-06 PP-01289 RDECTRAB v. 18, n. 203, 2011, pp. 113-118)

Na espécie, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, impugnado no recurso extraordinário, está de acordo com a orientação do Excelso Pretório, pois foram devidamente explicitadas razões suficientes para o colegiado negar provimento ao agravo regimental no agravo em recurso especial, hipótese distinta da ausência de motivação do julgado, que caracterizaria ofensa ao princípio constitucional da obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais.

A propósito, cumpre transcrever trecho da fundamentação do aresto (fls. 373-377):

> Analisados os requisitos de admissibilidade do agravo regimental, passa-se à apreciação do mérito da insurgência.
>
> Consta dos autos que o agravante foi condenado à pena de 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, em regime inicial fechado, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, porque nos termos da inicial
>
> "[...] no dia 07 de maio de 2017, por volta das 23h35min, no Bairro Santos Dumont, nas proximidades do Parque Barão de Monjardim, no município de Vitória/ES, equipes da Força Tática da Policia Militar lograram êxito em localizar e apreender, na posse do denunciado RAFAEL 151 (cento e cinqüenta e um) papelotes de substância similar à cocaína, 57 (cinqüenta e sete) pedras de substância similar ao *crack*, 100 (cem) pinos de substância similar à cocaína, 41 (quarenta e uma) buchas de substância similar à maconha, além de 259,75 (duzentos e cinqüenta e nove reais e setenta e cinco centavos) em espécie." (e-STJ fls. 1/5)
>
> Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte estadual, a qual negou provimento à insurgência, mantendo inalterado o édito condenatório.
>
> Contra a decisão foram opostos embargos declaratórios, que foram conhecidos e improvidos.
>
> Apresentado o recurso especial, este não foi admitido pela instância de origem, ensejando a presente insurgência, na qual o recorrente sustenta que o óbice indicado na decisão objurgada não incidiriam *in casu*.
>
> Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo seu desprovimento.
>
> Por decisão monocrática desta Relatoria, o agravo foi conhecido para não conhecer do apelo nobre defensivo, não se podendo aplicar o benefício do § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06 por ter restado caracterizado nos autos, que o agravante se dedica à atividade criminosa.
>
> Daí a apresentação deste regimental, que não merece prosperar.
>
> Inicialmente deve ser destacado que para a aplicação da causa especial de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.° 11.343/06, o condenado deve preencher, cumulativamente, os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 a 2/3, a depender das circunstâncias do caso concreto.
>
> Quanto ao tema, a Corte estadual assim se manifestou:
>
> "Na hipótese, o magistrado a quo afastou a causa de diminuição de pena sob o argumento de expressiva quantidade de drogas apreendidas, além do réu responder a outra ação penal pelo crime de homicídio. De fato, o magistrado *a quo* valeu-se de dois fundamentos idôneos, respaldados pela jurisprudência do STJ para afastamento da benesse prevista no art. 33,§ 4º da Lei 11.343/06.
>
> O apelante foi apreendido com expressiva quantidade de substâncias entorpecentes e em natureza variada, sendo apreendidos 151 (cento e cinqüenta e uma) papelotes de cocaína e 100 (cem) pinos da mesma substância entorpecente, droga de maior custo, além de 57 (cinqüenta e

sete) pedras de "crack" e 41 (quarenta e uma) buchas de maconha, de modo que
teria que reiterar dias na conduta para findar com o material entorpecente. Ademais, um traficante eventual não deteria confiança suficiente para portar tal quantidade de drogas, eis que representavam expressivo valor econômico.

Além disso, a Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.431.091/SP, em sessão realizada no dia 14/12/2016, firmou orientação no sentido de que inquérito policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, por indicarem que o agente se dedica a atividades criminosas.(HC 432.653/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 26/04/2018)." (e-STJ fls. 269/276)

Da análise dos autos, observa-se que, ao apreciar a viabilidade de aplicação da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, as instâncias de origem concluíram que o agente se dedica à traficância, considerando as peculiaridades da conduta criminosa, especialmente o fato de responder a outra ação penal, aliado à relevante quantidade e diversidade das drogas apreendidas - 151 papelotes de cocaína e 100 pinos da mesma substância entorpecente, além de 57 pedras de "crack" e 41 buchas de maconha fundamentos que justificaram o afastamento da benesse.

Dessa forma, verifica-se que a Corte *a quo* alinhou-se à jurisprudência deste Sodalício, no sentido de que a quantidade de droga apreendida, aliada à existência de outros elementos concretos, na hipótese, a existência de ação penal em trâmite, são elementos idôneos para aferir a dedicação à atividade criminosa e, consequentemente, afastar o redutor previsto no art. 33, caput, da Lei n.° 11.343/06.

Nesse sentido:

(...)

Nessas circunstâncias, tendo a Corte recorrida afastado a benesse em apreço com esteio na elevada quantidade de droga apreendida, aliada à existência de ação penal em trâmite pela prática do crime de homicídio, verifica-se que concluiu em harmonia com o entendimento deste Sodalício, incidindo na espécie a Súmula n. 83/STJ, não havendo que se falar em aplicação do paradigma colacionado pelo agravante, o qual não guarda similitude fática com a hipótese dos autos, devendo ser ressaltado que sequer foi juntada sua íntegra ao apelo nobre apresentado.

No que se refere à alegação de que a quantidade de droga foi utilizada para majorar a sanção inicial e afastar a benesse pretendida verifica-se que a pretensão não pode ser analisada, tendo em vista que apresentada apenas no apelo raro defensivo, tratando-se de verdadeira inovação recursal, inviável na via especial e que não foi alvo de deliberação na origem.

Nesse sentido:

(...)

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo regimental.

Em assim sendo, nos moldes definidos pela Corte Suprema, o aresto impugnado foi suficientemente fundamentado, não havendo falar em negativa de

prestação jurisdicional quando o Tribunal decide em sentido contrário ao interesse da parte.

Saliente-se que o exame da referida questão constitucional nesta fase processual limita-se à análise acerca da existência de motivação suficiente para embasar o acórdão recorrido, não cabendo nessa fase examinar se corretos os fundamentos, o que extrapolaria os limites da cognição inerente ao juízo de admissibilidade do recurso extraordinário.

Em relação à suposta violação do artigo 5º, inciso XXXV, e 105, III, da Constituição Federal, no julgamento do RE n. 956.302/GO, também sob o regime de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal acolheu a tese de que "a questão da ofensa ao princípio da inafastabilidade de jurisdição, **quando há óbice processual intransponível ao exame de mérito**, ofensa indireta à Constituição ou análise de matéria fática, tem natureza infraconstitucional, e a ela se atribuem os efeitos da ausência de repercussão geral" (Tema 895/STF).

Confira-se, por oportuno, a ementa do aludido aresto:

> PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. ÓBICES PROCESSUAIS INTRANSPONÍVEIS. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. QUESTÃO INFRACONSTITUCIONAL. MATÉRIA FÁTICA. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. Não há repercussão geral quando a controvérsia refere-se à alegação de ofensa ao princípio da inafastabilidade de jurisdição, nas hipóteses em que se verificaram óbices intransponíveis à entrega da prestação jurisdicional de mérito.
>
> (RE 956.302/GO RG, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, julgado em 19/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-124 DIVULG 15-06-2016 PUBLIC 16-06-2016)

No mesmo sentido, segue recente precedente do Pleno do Excelso Pretório:

> AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FUNDAMENTAÇÃO A RESPEITO DA REPERCUSSÃO GERAL. INSUFICIÊNCIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. INAFASTABILIDADE DE JURISDIÇÃO. ÓBICES PROCESSUAIS INTRANSPONÍVEIS. OFENSA CONSTITUCIONAL REFLEXA.
>
> 1. Os recursos extraordinários somente serão conhecidos e julgados, quando essenciais e relevantes as questões constitucionais a serem analisadas, sendo imprescindível ao recorrente, em sua petição de interposição de recurso, a apresentação formal e motivada da repercussão geral, que demonstre, perante o Supremo Tribunal Federal, a existência de acentuado interesse geral na solução das questões constitucionais discutidas no processo, que transcenda a defesa puramente de interesses subjetivos e particulares.
>
> 2. A obrigação do recorrente em apresentar formal e motivadamente a preliminar de repercussão geral, que demonstre sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, a relevância da questão constitucional debatida que ultrapasse os interesses subjetivos da causa,

> conforme exigência constitucional e legal (art. 102, § 3º, da CF/88, c/c art. 1.035, § 2º, do CPC/2015), não se confunde com meras invocações desacompanhadas de sólidos fundamentos no sentido de que o tema controvertido é portador de ampla repercussão e de suma importância para o cenário econômico, político, social ou jurídico, ou que não interessa única e simplesmente às partes envolvidas na lide, muito menos ainda divagações de que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é incontroversa no tocante à causa debatida, entre outras de igual patamar argumentativo.
>
> 3. No julgamento do AI 791.292-QO-RG/PE (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tema 339), o Supremo Tribunal Federal assentou que o inciso IX do art. 93 da CF/1988 exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas.
>
> 4. No julgamento do ARE 748.371-RG/MT (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tema 660), rejeitou a repercussão geral da alegada violação ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada ou aos princípios da legalidade, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, quando se mostrar imprescindível o exame de normas de natureza infraconstitucional.
>
> 5. Esta CORTE, no julgamento do RE 956.602 (Rel. Min. EDSON FACHIN, Tema 895), rejeitou a repercussão geral das ofensas ao princípio da inafastabilidade de jurisdição nas hipóteses em que há óbices processuais intransponíveis a impedir a entrega da prestação jurisdicional de mérito.
>
> 6. Tendo o acórdão recorrido solucionado as questões a si postas com base em preceitos de ordem infraconstitucional, não há espaço para a admissão do recurso extraordinário, que supõe matéria constitucional prequestionada explicitamente.
>
> 7. Agravo interno a que se nega provimento. Fixam-se honorários advocatícios adicionais equivalentes a 10% (dez por cento) do valor a esse título arbitrado nas instâncias ordinárias (Código de Processo Civil de 2015, art. 85, § 11).
>
> (RE 626.642 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 22/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-153 DIVULG 31-07-2018 PUBLIC 01-08-2018)

E, por fim, no que toca à mencionada violação ao artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, relativamente à possibilidade de redução da pena em 2/3, em razão do reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, verifica-se que a apreciação da ofensa ao preceito constitucional indicado nas razões recursais demandaria o exame da legislação infraconstitucional analisada pela decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça.

Assim, eventual ofensa à Constituição Federal seria reflexa, o que impossibilita a admissão do recurso extraordinário.

Confiram-se, neste sentido, os precedentes da Suprema Corte:

> Decisão: Trata-se de agravo contra decisão em que se negou seguimento ao recurso extraordinário interposto em face de acórdão assim ementado:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. **ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. AUMENTO SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL NA TERCEIRA FASE. CRITÉRIO MATEMÁTICO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA 443/STJ.** AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. 'O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes' (Súmula 443/STJ). 2. Quando o acórdão aplica a fração de 3/8 (três oitavos) para majorar as penas tão somente em razão das duas causas de aumento reconhecidas, sem apoio em elementos concretos do delito, aplica-se o entendimento da Súmula 443/STJ. 3. Agravo regimental não provido" (pág. 162 do documento eletrônico 2).

Neste RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, sustenta-se, em suma, violação dos arts. 5°, XLVI e LIV; e 93, IX, da mesma Carta.

A pretensão recursal não merece acolhida.

Isso porque quanto à alegada nulidade do acórdão recorrido, assinalo que os Ministros deste Tribunal, no julgamento do AI 791.292-QO-RG/PE (Tema 339), de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, reconheceram a repercussão geral e reafirmaram a jurisprudência desta Corte no sentido de que a exigência do art. 93, IX, da Constituição não impõe que a decisão seja exaustivamente fundamentada. O que se busca é que o julgador indique de forma clara as razões de seu convencimento, tal como ocorreu. Nesse sentido, transcrevo a ementa do referido precedente:

"Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3° e 4°). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral".

Além disso, para divergir do acórdão recorrido e verificar a procedência dos argumentos consignados no recurso extraordinário no que diz respeito <u>a aplicação da causa de aumento, na terceira fase da dosimetria da pena</u>, seria necessário o reexame das normas infraconstitucionais pertinentes (Código Penal), sendo certo que <u>eventual ofensa à Constituição Federal, se ocorrente, seria apenas indireta, o que inviabiliza o recurso.</u> Nesse sentido:

"EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Matéria criminal. Pena. Dosimetria. Regime inicial de cumprimento da pena Ofensa reflexa ao texto constitucional. Reapreciação de fatos e provas. Inadmissibilidade. Incidência da Súmula nº 279/STF. Agravo regimental não provido. 1. O exame de legislação infraconstitucional é inadmissível em recurso extraordinário, por configurar ofensa reflexa à Constituição. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal é pacífica no sentido de que questões relativas à individualização e à dosimetria da pena configuram ofensa reflexa ao texto constitucional, por demandarem

exame prévio da legislação infraconstitucional. 3. A pretensão da agravante de rediscutir a prova dos autos esbarra no óbice da Súmula nº 279/STF. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (ARE 1.097.787 AgR/SP, Rel.Min. Dias Toffoli, Segunda Turma).

"Ementa: SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MATÉRIA CRIMINAL. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. PRESCRIÇÃO. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal já assentou, sob a sistemática da repercussão geral, que suposta ofensa à individualização e à dosimetria da pena não apresenta repercussão geral por demandar exame da legislação infraconstitucional (AI 742.460, Rel. Cezar Peluso, Dje 25.09.2009, tema 182). 2. O reconhecimento da prescrição, nesta instância extraordinária, deve ser visto com imensa cautela, pois não é possível verificar com segurança se houve causa interruptiva da prescrição, especialmente a reincidência. 3. Agravo regimental desprovido. (ARE 970.246 AgR-segundo/SP, Re. Min. Edson Fachin, Segunda Turma).

Isso posto, nego seguimento ao recurso (art. 21, § 1º, do RISTF).

(RE 1148349, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 28/08/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 30/08/2018 PUBLIC 31/08/2018)

Decisão: O presente recurso extraordinário foi interposto pelo Ministério Público Federal contra acórdão que, confirmado em sede de embargos de declaração pelo E. Superior Tribunal de Justiça, está assim ementado:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM 'HABEAS CORPUS'. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA. **TERCEIRA FASE. AUMENTO DA PENA EM 3/8. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 443 DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. CORREÇÃO DE ILEGALIDADE DE OFÍCIO. FRAÇÃO DE AUMENTO REDUZIDA PARA O MÍNIMO LEGAL.** AGRAVO DESPROVIDO. I – 'O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes' (Súmula n. 443/STJ). II – Na hipótese, resta extreme de dúvidas que o aumento acima do patamar mínimo, na terceira etapa dosimétrica, careceu de motivação, pois decorreu, tão somente, do fato de estarem presentes duas majorantes, em contrariedade à orientação jurisprudencial desta Corte, razão pela qual foi concedida a ordem de ofício. Agravo regimental desprovido."

A parte ora recorrente, ao deduzir o apelo extremo em questão, sustentou que o Tribunal "a quo" teria transgredido o preceito inscrito no art. 5º, XLVI, da Constituição da República.

Cabe registrar, desde logo, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a propósito da suposta ofensa ao art. 5º, XLVI, da Constituição, tem enfatizado que essa alegação pode configurar, quando muito, situação caracterizadora de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, o que não basta, só por si, para viabilizar o

acesso à via recursal extraordinária:

"1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. 2. Recurso extraordinário em matéria criminal: descabimento: questão relativa à individualização da pena decidida à luz da legislação ordinária pertinente: alegada violação do art. 5º, XLVI, da Constituição, que, se ocorresse, seria reflexa ou indireta: incidência do princípio da Súmula 636. 3. Decisão judicial: fundamentação (CF, art. 93, IX): exigência constitucional satisfeita." (AI 557.597-ED/MG, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – grifei)

A espécie ora em exame não foge aos padrões acima mencionados, refletindo, por isso mesmo, possível situação de ofensa indireta às prescrições da Carta Política, circunstância essa que impede – como precedentemente já enfatizado – o próprio conhecimento do recurso extraordinário (RTJ 120/912, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – RTJ 132/455, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Cumpre assinalar, ainda, que não se revela cabível proceder, em sede recursal extraordinária, a indagações de caráter eminentemente probatório, especialmente quando se busca discutir elementos fáticos subjacentes à causa penal.

No caso, a verificação da procedência, ou não, das alegações deduzidas pela parte recorrente implicará necessário reexame de fatos e de provas, o que não se admite na sede excepcional do apelo extremo.

Essa pretensão sofre as restrições inerentes ao recurso extraordinário, em cujo âmbito não se reexaminam fatos e provas, circunstância essa que faz incidir, na espécie, a Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal.

Não custa enfatizar, consoante adverte o magistério da doutrina (ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTONIO SCARANCE FERNANDES, "Recursos no Processo Penal", p. 269/270, item n. 176, 1996, RT), que o reexame dos fatos e das provas constitui tema estranho ao âmbito de atuação do recurso extraordinário (Súmula 279/STF), ainda que se cuide, como no caso, de matéria de índole penal.

A mera análise do acórdão recorrido demonstra que o E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do agravo regimental em "habeas corpus", sustentou as suas conclusões em dispositivos de ordem meramente legal e em aspectos fático-probatórios:

(...)

Sendo assim, e em face das razões expostas, não conheço do presente recurso extraordinário, por manifestamente inadmissível (CPC, art. 932, III).

(RE 1103466, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 26/03/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 03/04/2018 PUBLIC 04/04/2018)

Decisão: Trata-se de recurso extraordinário interposto em face do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado (eDOC 01, p. 95-96):

"HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. **ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE. AUMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE. TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA**

DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. A individualização da pena, princípio haurido diretamente da Constituição Federal, constitui uma das mais importantes balizas do Direito Sancionador e está prevista, também, no art. 59 do Código Penal, o qual fixa os critérios norteadores da quantidade e da qualidade da sanção estatal a ser aplicada em cada caso concreto. 2. O Magistrado de primeiro grau – no que foi corroborado pelo Tribunal a quo –, além de não particularizar as circunstâncias do art. 59 do Código Penal a que estaria atribuindo valoração negativa, não declinou motivação concreta apta a alicerçar o recrudescimento da sanção acima do mínimo legal. 3. O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes. Súmula n. 443 do STJ. 4. Não obstante haja sido particularizado o fato de o delito ter sido praticado com emprego de arma de fogo e com a participação de dois agentes, as instâncias ordinárias não apontaram nenhum elemento dos autos (modus operandi, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido. Ressalva do relator em relação à arma de fogo. 5. 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. 6. O Tribunal local não apontou nenhum elemento dos autos (como o modus operandi, por exemplo) que, efetivamente, comprovasse a real exigência de fixação do modo inicialmente mais gravoso. 7. O paciente, primário, sem registro de circunstância judicial desfavorável e condenado a 5 anos e 4 meses de reclusão, deve cumprir a pena em regime inicial semiaberto, a teor do art. 33, § 2°, "b", e § 3°, do CP. 8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir ao mínimo legal (1/3) o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria pelo delito de roubo, além de fixar o regime semiaberto."

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

No recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, III, "a", do permissivo constitucional, aponta-se ofensa ao art. 5º, XLVI, da Constituição.

Alega-se que o acórdão recorrido, ao reduzir a fração de aumento de pena para 1/3, sob o fundamento de que a fração de 3/8 havia sido definida com base em critério matemático, acabou por violar o princípio da individualização da pena.

Sustenta-se que o Tribunal de origem, soberano em matéria de fato, majorou a pena em 3/8 após transcrever a dinâmica delitiva perpetrada pelo paciente, com riqueza de detalhes, "do que resta evidente a gravidade do crime praticado e a periculosidade dos agentes, justificando, por conseguinte, a exasperação da pena".

É o relatório. Decido.

Verifico que o Superior Tribunal de Justiça concedeu ordem de *habeas*

corpus de ofício (conforme art. 654, § 2º, do CPP), por entender que, na hipótese dos autos, houve patente ilegalidade, tendo em vista que o entendimento das instâncias ordinárias estaria em dissonância com a jurisprudência do STJ (Súmula 443), que considera indevida a exasperação da pena acima do mínimo, na terceira fase, com base unicamente no número de majorantes.

Dessa forma, entendo que as teses suscitadas pelo *Parquet* só poderiam ser analisada, *in casu,* por meio da interpretação da legislação penal e processual aplicada à espécie. Noutras palavras, a ofensa à Constituição, se existente, seria apenas reflexa, o que inviabiliza o exame do recurso extraordinário.

Nesse sentido: RE 1.098.223, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe 19.12.2017; ARE 1.078.945, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe 25.10.2017; ARE 1.084.124, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe 24.10.2017; ARE 1.073.081, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe 28.09.2017

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário, nos termos do art. 21, § 1º, RISTF.

(RE 1027323, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, julgado em 16/02/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 19/02/2018 PUBLIC 20/02/2018)

Ante o exposto, no tocante à alegação de violação dos artigos 5º, inciso XXXV; 93, inciso IX: e 105, III, da Constituição Federal, com fundamento no artigo 1.030, inciso I, alínea "a", primeira e segunda partes, do Código de Processo Civil, **nego seguimento ao recurso extraordinário.** Quanto à alegada ofensa ao artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, com fulcro no artigo 1.030, inciso V, do Código de Processo Civil, **não admito o recurso extraordinário.**

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 14 de junho de 2019.

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Vice-Presidente