AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.472.158 - SP (2019/0088659-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE	:	RAFAEL CAMPOS DE ARAUJO (PRESO)
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO CAMILA PARONETTI SILVA - DEFENSORA PÚBLICA - SP291018
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por RAFAEL CAMPOS DE ARAUJO contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que inadmitiu o seu recurso especial.

Consta dos autos que o agravante foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 13 dias-multa, como incurso na sanção do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal.

Inconformada, a defesa apelou perante a Corte estadual, a qual negou provimento ao recurso.

Interposto recurso especial com fulcro nas alíneas *a e c* do permissivo constitucional, esse não foi admitido pela instância de origem, ensejando a presente insurgência, na qual o recorrente sustenta que os óbices indicados na decisão objurgada não incidiriam na hipótese dos autos.

Requer o provimento do agravo a fim de que seja dado seguimento ao recurso especial.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do agravo em recurso especial e requereu a expedição de ofício para o início da execução da pena imposta ao agravante.

É o relatório.

No recurso especial a parte sustenta contrariedade aos arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, pretendendo, em síntese, o abrandamento do regime fechado para o semiaberto.

Analisadas as razões do agravo em recurso especial, constata-se que, a par dos fundamentos utilizados pelo Tribunal de origem quando do juízo prévio de admissibilidade ali realizado, o recurso especial não merece seguimento.

Para melhor elucidação da controvérsia, oportuno transcrever trecho do acórdão recorrido, *in verbis* (e-STJ fls. 416-417):

> *[…]*
> *Quanto ao regime fechado fixado para início do cumprimento da pena, verifica-se, no caso concreto, que tal regime deveras se impõe, para que a penalidade tenha contornos de suficiência em face das peculiaridades vislumbradas nos autos. A conduta do réu deve ser analisada e valorada no contexto específico que emana de sua particular situação em cotejo como os elementos de convicção coligidos. Deveras, no caso presente, o réu e seus comparsas se juntaram para garantia do sucesso da empreitada delitiva, chegando inclusive a ameaçar a vítima com uma arma*

> *de fogo. Patente sua convicção na escolha da senda criminosa, bem como a adoção de comportamento de alto potencial ofensivo. Logo, o regime inicial fechado é o que propicia a segregação necessária no caso em tela, para que o sentenciado possa refletir sobre sua postura e revê-la, bem como para que a sociedade fique a salvo da perspectiva de repetição criminosa.*
> *Com efeito, o regime inicial fechado é o que efetivamente se impõe em face dos peculiares contornos do caso concreto e para que a punição fique adequada aos princípios da proporcionalidade e da suficiência.*
> *O princípio da suficiência da pena faz com que ela, inclusive quanto ao seu modo de execução (regime prisional), deva ser de molde a afastar qualquer sensação de impunidade e iniba, efetivamente, a reiteração delitiva.*
> *Assim, o regime inicial fechado é o adequado ao caso concreto e necessário para a reprovação e prevenção do crime, observado, sempre, o princípio da suficiência da pena, bem como o aludido princípio da proporcionalidade.*
> *[…]*

Quanto ao modo inicial de resgate da sanção corporal, sabe-se que esta Corte Superior firmou o entendimento de que a escolha do regime prisional não está atrelada, de forma absoluta, ao *quantum* da reprimenda imposta, devendo-se considerar também eventual recidiva do agente e o contido no art. 59 do Código Penal.

Frise-se que *"a aplicação de pena no patamar mínimo previsto no preceito secundário na primeira fase da dosimetria não conduz, obrigatoriamente, à fixação do regime indicado pela quantidade de sanção corporal, sendo lícito ao julgador impor regime mais rigoroso do que o indicado pela regra geral do art. 33, §§ 2º e 3º, do Estatuto Repressor Penal, desde que apresentados elementos fáticos indicativos da gravidade concreta do crime, sendo tão somente rechaçada a imposição de regime mais severo com base na gravidade abstrata do delito."* (HC 361.631/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 02/02/2017).

No caso dos autos, depreende-se que o agente é tecnicamente primário e foi condenado a pena inferior a 8 anos de reclusão, o que, aliado à fixação da pena-base no mínimo legal, permitiria, em princípio, o estabelecimento do regime prisional semiaberto.

No entanto, a Corte de origem entendeu cabível a manutenção do modo inicial fechado em razão das **circunstâncias do delito**, no qual o agravante, em concurso com três pessoas, um deles portando arma de fogo, ameaçou de morte a vítima.

Dessa forma, verifica-se que foram indicados elementos concretos que demonstram a necessidade de imposição de regime prisional mais gravoso, tendo em vista a maior reprovabilidade da conduta delitiva e a periculosidade do réu.

Em casos análogos (destaques acrescidos):

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. EXASPERAÇÃO DA PENA EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL SEM*

FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. SÚMULA N. 443 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. Firmou-se neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal - CP. 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 caso dos autos, considerou-se na origem, a gravidade concreta do crime, posto praticado em concurso de agentes, com o uso ostensivo de arma de fogo, elementos valorados na terceira etapa da dosimetria, que demonstram uma maior periculosidade do agente, tal como maior ameaça à incolumidade da vítima. Tal motivação, a meu sentir, se mostra suficiente para justificar o regime prisional mais gravoso, exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, do CP. Inaplicáveis, portanto, os enunciados n. 440/STJ e n. 718/STF.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, que se torna definitiva em 5 anos e 4 meses de reclusão, mais o pagamento de 13 dias-multa, mantido o regime inicial fechado para o seu cumprimento.

(HC 485.212/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 25/03/2019)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO ART. 157, § 2º, V, DO CP. PLEITO DE AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 157, § 2º, DO CP. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA, CONCURSO DE PESSOAS E RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA. FRAÇÃO DE 5/12 DAS CAUSAS DE AUMENTO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. EXEGESE DA SÚMULA 443/STJ. MALFERIMENTO AOS ARTS. 33 E 59, AMBOS DO CP. PENA-BASE NO MÍNIMO. FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE JUSTIFICAM. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

3. Não obstante a estipulação da reprimenda final em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, encontra-se motivada a sujeição a regime mais gravoso quando alicerçado em elementos concretos, a despeito destes não terem sido empregados na fixação da pena-base, estabelecida no mínimo legal. Na espécie, o Tribunal a quo salientou

> ***particularidade fática (concurso de agente envolvendo menor inimputável, emprego de arma de fogo e restrição de liberdade da vítima), que traz para o palco dos acontecimentos um plus de reprovabilidade, impedindo o abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena.***
> *4. Agravo regimental a que se nega provimento.*
> *(AgRg no AREsp 850.178/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 15/03/2016)*

Assim, por se encontrar o acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência firmada nesta Corte, a pretensão do agravante esbarra no óbice previsto na Súmula n. 83 do Superior Tribunal de Justiça, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional.

Ante o exposto, **conheço do agravo e não conheço do recurso especial**, nos termos do art. 34, VII, c/c o art. 253, parágrafo único, II, *a*, ambos do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Publique-se. Intimem-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 17 de junho de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator