AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.503.628 - SP (2019/0143890-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE	:	MATEUS ROCHA DOS SANTOS
ADVOGADO	:	ERIVELTO DINIZ CORVINO E OUTRO(S) - SP229802
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por MATEUS ROCHA DOS SANTOS, contra decisão que inadmitiu o recurso especial, fundamentado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, manejado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o agravante foi condenado como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, requerendo, preliminarmente, a anulação do feito, sob alegação de irregularidades no flagrante, e, no mérito, a absolvição por insuficiência de provas; alternativamente, a redução das reprimendas, o reconhecimento das benesses previstas nos artigos 26, *caput* e parágrafo único, 65 e 66, todos do Código Penal e do artigo 46 da Lei de Drogas, além do abrandamento do regime prisional, ainda que pela aplicação do instituto da detração, a substituição da pena carcerária e o direito de recorrer em liberdade; sendo esse desprovido (e-STJ fls. 302/306).

Nas razões do recurso especial, o agravante alega violação do disposto no art. 33, § 2º, alíneas "b" e "c" e § 3º, e art. 59, incisos I ao IV, todos do CP, além das Súmulas n. 440 e 443 do STJ, aduzindo que houve irregularidade na decretação do regime fechado devido à ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Afirma, ainda, negativa de vigência dos arts. 157 e 302, ambos do CPP, por ilicitude de provas e ilegalidade da prisão em flagrante.

Alega que, "Muito embora o Recorrente tenha sido condenado a pena inferior a 08 (oito) anos o de reclusão, lê-se do venerando acórdão que o regime inicial fechado foi determinado pela o Colenda 13' Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça Paulista/SP, com o base apenas na intranquilidade gerada no meio social pelo crime de roubo ou com base na gravidade abstrata do delito" (e-STJ fl. 315).

Sustenta que, "Com fulcro no artigo 33, § 3º, do Código Penal, o artigo 59 deve ser o norte para determinar o regime inicial de cumprimento da pena; assim, como a pena-base foi aplicada no mínimo legal, sendo que o próprio juiz de primeiro grau reconheceu serem as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP favoráveis à parte Recorrente." (e-STJ fl. 317).

Argumenta que, "No vertente caso, repise- que restou gritante a ilicitude das provas compiladas, oriundas de denúncia anônima, bem como a ilegalidade da prisão em flagrante e da prisão preventiva!"(e-STJ fl.325).

Requer o provimento do recurso especial para que seja estabelecido o regime semiaberto para o cumprimento da pena do recorrente, afastadas e consideradas ilegais as prisões em flagrante e preventivas, além da nulidade das provas dos autos, bem como a revogação da prisão ou concessão da liberdade ao agravante.

Contra-arrazoado (e-STJ fls. 335/340), o Tribunal local inadmitiu o recurso especial (e-STJ fls. 343/345) em razão da incidência das Súmulas n. 284 e 7/STJ.

Em sede de agravo, alega que não pretende o reexame, mas a revaloração de provas, bem como sustenta que não houve ausência de fundamentação em seu recurso (e-STJ fls. 348/383).

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do agravo (e-STJ fl. 406), nos termos da seguinte ementa:

> *AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. NÃO*

CONHECIMENTO. BONS ANTECEDENTES. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES SUMULARES. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. "Tratando-se de ré primária, condenada a pena privativa de liberdade superior a 4 e que não excede 8 anos de reclusão, com análise favorável das circunstâncias judiciais, tanto que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, a paciente faz jus ao regime semiaberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal. (HC 383.065/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/11/2017, DJe 30/11/2017).

2. "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 da Súmula 440/STJ) 3 "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição do regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada". (Verbete da Súmula 718/STF.

4. Agravo que deve ser improvido, concedendo-se parcialmente ordem de habeas corpus de ofício para fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena.

É o relatório. **Decido**.

O recurso é cabível, tempestivo e foram impugnados os fundamentos da decisão agravada, motivo pelo qual conheço do agravo em recurso especial.

Primeiramente, o recurso especial interposto com fulcro no art. 105, inciso III, alínea "c", precisa demonstrar o dissídio de forma adequada, nos termos do art. 1.029, § 1º, do Código de Processo Civil e do art. 255, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, que exige para configuração da divergência jurisprudencial, a menção às circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, para os quais se deu solução jurídica diversa. A simples transcrição de ementas com entendimento diverso, sem que se tenha verificado a identidade ou semelhança de situações,

não revela dissídio, motivo pelo qual não é possível conhecer do recurso especial pela divergência.

Nesse sentido:

> *PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OPERAÇÃO CURAÇAO. EVASÃO DE DIVISAS. ART. 22 DA LEI 7.492/86. COMPROMETIMENTO DA CADEIA DE CUSTÓDIA DAS PROVAS. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULAS 7/STJ RAZÕES RECURSAIS QUE NÃO IMPUGNAM OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO DA ORIGEM. SÚMULA 283/STF. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DESPROPORCIONALIDADE NO AUMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. CRIME CONTINUADO. FRAÇÃO DE AUMENTO. NÚMERO DE INFRAÇÕES. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. ART. 387, IV, DO CPP. CONDENAÇÃO À REPARAÇÃO DO DANO AFASTADA PELO TRIBUNAL REGIONAL. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. ALEGAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO EM PARTE.*
>
> *[...]*
>
> *VI - O recurso especial, interposto com fulcro no art. 105, inciso III, alínea c, da Constituição Federal, exige a demonstração do dissídio jurisprudencial através da realização do indispensável cotejo analítico, para demonstrar a similitude fática entre o v. acórdão recorrido e o eventual paradigma (arts. 1.029, §1º, do CPC e 255, § 1º, do RISTJ), o que não ocorreu na espécie.*
>
> *VII - Em razão de o agravante ter, de forma equivocada, recorrido sobre a fixação do valor mínimo para reparação dos danos, visto que o Tribunal Regional já havia reformado a sentença no ponto para afastar a referida indenização e, tendo em vista que o Parquet não se insurgiu sobre a matéria, deve ser afastado o entendimento adotado às fls. 2028-2030 da decisão monocrática em recurso exclusivo da defesa, sob pena de violação ao princípio do ne reformatio in pejus.*
>
> *Agravo regimental provido em parte.* (AgRg no REsp 1596138/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 08/08/2018) - (grifei)

Ademais, como é sabido, as razões do recurso especial devem apresentar, de forma precisa, o fato e o direito aplicável, demonstrando o seu cabimento, além de expor, objetivamente, as razões do pedido de reforma da decisão recorrida, refutando todos os seus fundamentos, sob pena de vê-los mantidos. No presente caso, o agravo não merece prosperar, já que sua fundamentação foi deficiente. Nesse contexto, o agravo atrai a incidência do enunciado n. 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, haja vista que o agravante não apontou de que forma os dispositivos legais teriam sido violados, inviabilizando, assim, a adequada compreensão da controvérsia.

No mesmo sentido:

> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 59 E 68, AMBOS DO CP. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. JUSTIFICATIVA IDÔNEA. ALTERAÇÃO. INVIABILIDADE. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. OFENSA AO ART. 617 DO CPP. REFORMATIO IN PEJUS. NORMA INFRACONSTITUCIONAL QUE NÃO ALBERGA A TESE VENTILADA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Consoante jurisprudência deste Sodalício Superior, "somente quando a dosimetria da pena mostrar-se teratológica é que deve ser modificada a reprimenda imposta pelo Juízo de primeiro grau, respeitando-se sua discricionariedade e valorizando a condição de que é ele que está mais próximo dos fatos e da realidade local. Ademais, para se modificar as conclusões das instâncias ordinárias relativas à dosimetria da pena, mostra-se necessário o reexame aprofundado do conjunto fático-probatório, providência incompatível com os estreitos limites do remédio heroico" (HC 184.325/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Min. ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe 04/12/2015), 2.* ***O dispositivo de lei indicado como violado não alberga a pretensão recursal perquirida pelo recorrente, fato este que impossibilita a compreensão da controvérsia arguida nos autos, ante a deficiência na fundamentação recursal. Enunciado 284 da Súmula do STF.*** *3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 1221928/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 27/04/2018).*

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INTERCEPTAÇÃO ILEGAL DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS, FALSIDADE IDEOLÓGICA E DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA. OFENSA AOS ARTS. 112 E 252 DO CPP. SÚMULA 284/STF. VIOLAÇÃO DE NORMAS FEDERAIS. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. TESES DE AUSÊNCIA DE DOLO E CONFIGURAÇÃO DO ESTADO DE NECESSIDADE. PRETENSÃO DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ. DOSIMETRIA. FRAÇÃO DE AUMENTO DA PENA PELA CONTINUIDADE DELITIVA FIXADA EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

I - As razões do recurso especial relativamente à indigitada violação dos artigos 112 e 252 do Código de Processo Penal se referem ao descumprimento das regras do instituto do impedimento e, o v. acórdão objurgado trata de um caso de suspeição, ficando, assim, patente a deficiência da argumentação, que está dissociada dos fundamentos apresentados pela eg. Corte Bandeirante, não permitindo a compreensão da controvérsia (Súmula 284/STF).

II - Não havendo pronunciamento pela eg. Corte de origem sobre as matérias disciplinadas nos dispositivos indicados como violados, a despeito da oposição dos embargos de declaração, não se verifica o necessário prequestiomento.

III - É vedada a alteração das premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias, no âmbito dos recursos extraordinários (Súmula 07/STJ e Súmula 279/STF). Assim, é inviável, nesta sede, a reforma do entendimento da instância a quo relativo à não comprovação da ausência de dolo, no crime de interceptação ilegal de comunicações telefônicas, e do estado de necessidade.

IV - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o critério de majoração pela continuidade delitiva é proporcional ao número de infrações cometidas.

V - O recurso especial não pode ser conhecido com fulcro no art. 105, inciso III, alínea c, da Constituição da República, por ausência de comprovação do dissídio jurisprudencial nos moldes legais.

Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1447034/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 29/11/2017)

Por sua vez, sobre a possibilidade de reconhecer da ilicitude das provas, bem como da ilegalidade da prisão preventiva, verifico que, entendendo as instâncias ordinárias, soberanas na análise das circunstâncias fáticas da causa, que o recorrente teve sua prisão fundamentada e de forma lícita, além de ter sido preso em flagrante, já que as drogas foram apreendidas em sua residência, concluir de forma diversa implica em exame aprofundado do material probatório, inviável em recurso especial, a teor do enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

No que tange ao regime de cumprimento de pena, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a quantidade e qualidade da droga apreendida podem ser utilizadas como fundamento para **a fixação do regime mais gravoso e a vedação à substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos.** Precedentes: AgRg no AREsp n. 643.452/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 16/6/2016, DJe 22/6/2016; AgRg no AREsp n. 602.153/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 26/4/2016, DJe 6/5/2016.

Quanto ao argumento de que não é cabível ao agravante regime diverso do fechado, a Corte *a quo* tratou assim o tema (e-STJ fl. 305) :

> *Ademais,* ***a considerável quantidade e variedade de droga apreendida, já evidenciam que o apelante se dedica à atividade criminosa voltada para o tráfico de drogas, pois não se pode imaginar que traficante iniciante e eventual tivesse em seu poder tamanha quantidade e variedade de substâncias entorpecentes, o que impede a aplicação do beneficio previsto no artigo 33, §4°, da Lei n° 11.343/06, destinado apenas aos chamados traficantes de "primeira viagem".***
>
> ***Inacolhíveis, de outra feita, os pedidos de alteração do regime prisional e de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.***
>
> *Com efeito. O recorrente trazia consigo, para fins de tráfico, frise-se uma vez mais,* ***considerável quantidade de maconha, cocaína e crack, estas últimas, substâncias nocivas e de alto poder viciante, de sorte que a gravidade concreta do delito, equiparado ao hediondo e que vem causando grande***

> ***intranquilidade à população ordeira, revela-se totalmente incompatível com regimes menos gravosos.***
>
> *Quanto à detração, decorrente do período de prisão provisória, é necessário que se faça uma interpretação sistemática da norma, tendo-se em vista que a fixação do regime carcerário é ditada, não apenas pela quantidade da pena, mas também pelas circunstâncias e gravidade do delito praticado. Nesse diapasão, o artigo 387, § 2°, do Código de Processo Penal somente deve ser aplicado em segunda instância, quando o estabelecimento do regime inicial tenha se baseado apenas no quantum da pena, o que não é o caso. E não há falar-se em substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, dada a quantidade da pena estabelecida, superior a quatro anos de reclusão.*
>
> ***Ainda que assim não fosse, diga-se para argumentar, tem-se que a imposição de pena alternativa àquele que dispõe de drogas, como no caso, hábeis à pronta disseminação, potencialmente geradoras de riscos e malefícios aos que delas se servirem, soaria autêntico despropósito, senão incentivo, em contraponto ao princípio da suficiência, imperativo na sistemática penal vigente.***

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor seus motivos e os que levaram à sua decisão, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

No caso, embora a pena reclusiva do paciente tenha sido fixada em patamar inferior a 8 anos de reclusão (5 anos), o regime fechado mostra-se adequado para o início do cumprimento da sanção imposta, diante da aferição desfavorável da natureza, variedade e quantidade dos entorpecentes apreendidos, nos termos dos art. 33 do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Como visto, as instâncias de origem fundamentaram suas

decisões na variedade, natureza e na grande quantidade de entorpecente apreendido - **182 pedras de crack -** com peso líquido total de 61,88g**, 40 invólucros de cocaína-** com peso líquido total de 08,69g **e outras 24 porções de maconha -** com peso líquido total de 72,17g**, fracionadas em pequenas porções e prontas para a distribuição** - não autorizando o abrandamento do regime fechado.

A propósito, os seguintes precedentes:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. "PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉUS QUE SE DEDICAM À ATIVIDADE CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. WRIT NÃO CONHECIDO.*
>
> *[...]*
>
> *4. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar as regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.*
>
> *5. Estabelecida a pena definitiva dos pacientes em patamar inferior a 8 anos de reclusão, o regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) é o cabível à espécie, tendo em vista a valoração desfavorável das circunstâncias judiciais (quantidade e natureza da droga), que justificou o aumento da pena-base acima do mínimo legal, nos exatos termos do art. 33, § 2º, 'a', e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.*
>
> *[...]*
>
> *7. Habeas corpus não conhecido."*
>
> *(HC 390.987/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017);*
>
> *"PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO*

CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DO V. ACÓRDÃO POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONDENAÇÕES AINDA SEM TRÂNSITO EM JULGADO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO PARA NEGATIVA DA REDUTORA. REGIME INICIAL FECHADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. REQUISITOS DO ART 44 DO CÓDIGO PENAL NÃO ATENDIDOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

III - Conquanto se saiba que o col. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 17/12/2013), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, in casu, verifica-se que as circunstâncias judiciais do art. 59 são desfavoráveis aos ora pacientes, o que impede a fixação inicial do regime semiaberto para início de resgate da reprimenda.

[...]

Habeas corpus não conhecido."

(HC 385.942/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/6/2017, DJe 30/6/2017).

Diante do exposto, com fundamento no art. 253, parágrafo único, II, "b", parte final, do RISTJ, **conheço do agravo para negar provimento ao recurso especial**.

Intimem-se.

Brasília (DF), 10 de junho de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator