

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.839.333 - SP (2019/0282876-7)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
RECORRENTE : JOSIEL FERREIRA DE ARAUJO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LEANDRO DE CASTRO GOMES. - DEFENSOR PÚBLICO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO E ROUBO SIMPLES, PERPETRADOS EM CONTINUIDADE DELITIVA. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DO ART. 8 DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. INADMISSIBILIDADE. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DO ART. 33, § 2º, *c*, DO CÓDIGO PENAL. IMPROCEDÊNCIA. REGIME MAIS GRAVOSO CALCADO NA GRAVIDADE CONCRETA DO ILÍCITO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE.

Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, desprovido.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **Josiel Ferreira de Araújo**, fundado no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que, no julgamento da Apelação Criminal n. 0000348-80.2018.8.26.0618, manteve a condenação do recorrente, como incursos no art. 157, § 2º, I, e no art. 157, *caput*, ambos na forma do art. 71, *caput*, todos do Código Penal, à pena de 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado.

Nas razões, a defesa suscitou negativa de vigência do art. 33, § 2º, *c*, do Código Penal, bem como do art. 8º, 2, *g*, da Convenção Americana de Direitos Humanos, aduzindo, em síntese, que a Corte de origem incorreu em ilegalidade ao fixar o regime mais severo do que aquele que seria o adequado considerando a pena imposta (fls. 421/440).

A Corte de origem admitiu o recurso (fl. 452).

Contrarrazões às fls. 444/448.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do reclamo (fls. 462/465).

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

No que se refere à suposta negativa de vigência do art. 8º, 2, g, da Convenção Americana de Direitos Humanos, o recurso especial é inadmissível, pois o conteúdo da norma em referência não foi debatido na Corte de origem (falta de prequestionamento).

Não é o caso de incidir o disposto no art. 1.025 do Código de Processo Civil, notadamente porque **a suposta ofensa ao preceito indicado só foi veiculada em sede de aclaratórios** opostos ao acórdão da apelação (fls. 396/402), consubstanciando nítida inovação recursal.

Ademais, a defesa não circunstanciou ofensa ao disposto no art. 619 do Código de Processo Penal, condição indispensável para o reconhecimento da omissão apta a ensejar a incidência do prequestionamento ficto

Nesse sentido, confira-se:

[...]

4. Cumpre ressaltar que o prequestionamento ficto, previsto no art. 1.025 do CPC/2015, só é admissível quando, após a oposição de embargos declaratórios na origem, o recorrente suscitou a violação ao art. 1.022 do mesmo diploma, porquanto somente dessa forma é que o órgão julgador poderá verificar a existência do vício.

5. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp n. 1.479.030/SP, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 30/8/2019)

De outra parte, no que se refere à suposta negativa de vigência do art. 33, § 2º, c, do Código Penal, o recurso é admissível, mas, no mérito, a insurgência não merece acolhida.

A jurisprudência desta Corte tem orientado pela possibilidade de fixação de regime mais gravoso do que aquele que seria o adequado considerando a pena imposta, com base na gravidade concreta do crime.

Nesse sentido, confirmam-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PENA-BASE. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. FRAÇÃO DE AUMENTO. PROPORCIONALIDADE. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS NEGATIVAS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

Superior Tribunal de Justiça

4. 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.

5. Diante das circunstâncias judiciais desfavoráveis, ao dosar a pena-base, não há violação do art. 33, § 2º, do Código Penal, correta a aplicação do regime fechado.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 482.345/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 23/9/2019 – grifo nosso)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CORRUPÇÃO DE MENOR. DOSIMETRIA. PRESENÇA DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO CONCRETA DECLINADA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À SÚMULA 443/STJ. REGIME PRISIONAL FECHADO FUNDAMENTADO. *MODUS OPERANDI*. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

4. Os fundamentos utilizados pelo decreto condenatório e ratificados pelo Tribunal a quo não podem ser tidos por genéricos e, portanto, constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), não havendo falar em violação da Súmula 440/STJ, bem como dos verbetes sumulares 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

5. Apesar de a pena-base ter sido imposta no piso legal, o estabelecimento de regime mais severo do que o indicado pelo quantum da reprimenda baseou-se na gravidade concreta do delito, evidenciada pelo seu *modus operandi*, já que foi praticados por três agentes, contra duas vítimas do sexo feminino, as quais foram privadas de suas liberdades por cerca de trinta minutos e ameaçadas de morte durante todo o período, sendo transportadas para local pouco habitado e deixadas em bairro rural da cidade, o que exige resposta estatal superior, dada a maior reprovabilidade da conduta, em atendimento ao princípio da individualização da pena.

6. *Writ* não conhecido.

(HC n. 532.195/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 24/9/2019 – grifo nosso)

No caso, as instâncias ordinárias circunstanciaram elementos aptos a justificar a fixação de regime inicial mais gravoso, a saber: o emprego de arma de fogo e o valor dos bens subtraídos (fl. 385).

Nesse sentido, confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. REGIME INICIAL. DELITO PRATICADO EM VIA PÚBLICA E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. GRAVIDADE CONCRETA DA AÇÃO DELITIVA. SÚMULA N. 440 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. INAPLICABILIDADE. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS

Superior Tribunal de Justiça

FUNDAMENTOS. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo.

No caso, o paciente praticou o delito demonstrando ousadia, em plena via pública e, especialmente, com o emprego de arma de fogo, artefato que possui grande potencial lesivo. Todos esses elementos, em conjunto, demonstram a maior gravidade do delito e a elevada periculosidade do paciente, justificando, assim, a aplicação do regime fechado. 2. Agravo desprovido.

(AgRg no HC n. 485.805/RJ, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 20/5/2019)

Ante o exposto, **conheço em parte** do recurso especial e, nessa extensão, **nego-lhe provimento**.

Publique-se.

Brasília, 08 de outubro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator