

RECURSO ESPECIAL Nº 1.839.340 - SP (2019/0283262-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE : **ISAC MASCARENHAS QUEIROZ**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
RODRIGO GRUPPI CARLOS DA COSTA - DEFENSOR PÚBLICO - SP389339
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

DECISÃO

Trata-se de recurso especial contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que, ao apreciar apelação, majorou para 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime fechado, mais 18 (dezoito) dias-multa, a pena imposta a ISAC MASCARENHAS QUEIROZ, condenado por infração ao art. 157, §2º, II, do Código Penal, nos termos da seguinte ementa (e-STJ, fl. 349):

- 1. Apelações Criminais – Roubo qualificado (concurso de agentes) praticado na via pública.*
- 2. Validade do reconhecimento – A inobservância das formalidades do artigo 226 do CPP no reconhecimento não o invalida, só exigindo que na valoração da prova esse fato seja considerado pelo julgador - Aplicabilidade do princípio da instrumentalidade das formas, em apoio à persuasão racional.*
- 3. Materialidade delitiva (sequer impugnada) e autoria comprovadas pelo boletim de ocorrência, auto de reconhecimento fotográfico e prova oral.*
- 4. Descabido o afastamento da qualificadora do concurso de agentes, uma vez que a participação do segundo agente foi assegurado pela vítima.*
- 5. Pena – Validade de folha de antecedentes para amparar acréscimo da pena pela reincidência – Aumento devido.*
- 6. Regime prisional fechado corretamente fixado, em razão de expressa disposição legal.*
- 7. Recurso defensivo desprovido e apelação ministerial provida para aumentar a pena do acusado a 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e 18 dias-multa.*

Nas razões do especial, fulcrado na alínea "a" do permissivo constitucional, alega contrariedade/negativa de vigência aos arts. 157, §2º, II, 33,

§2º, "b", e 33, §3º, todos do Código Penal.

Pretendendo o afastamento da causa de aumento descrita no art. 157, §2º, II, do Código Penal, aduz que não restaram provados os elementos caracterizadores do concurso de agentes.

Prossegue afirmando ausência de elementos a justificar a imposição de regime prisional mais gravoso e que a reincidência e os maus antecedentes, por si só, não constitui motivação idônea para tal.

Pugna, ao final, pelo provimento do recurso para desclassificar a conduta para o art. 157, *caput*, do Código Penal e fixar o regime prisional semiaberto para o início do cumprimento da pena.

Contra-arrazado (e-STJ, fls. 376/381) e admitido (e-STJ, fls. 384/385), manifestou-se o Ministério Público Federal, nesta instância, pelo não conhecimento do recurso especial, em parecer assim ementado (e-STJ, fl. 396):

EMENTA: *RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. ACÓRDÃO QUE REGISTRA O CONCURSO DE AGENTES. AFASTAMENTO DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 157, § 2º, II, DO CP. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. REGIME PRISIONAL. MATÉRIA JÁ ANALISADA PELO STJ EM HC. PREJUDICIALIDADE.*

1. *No tocante ao pleito de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena, suposta violação ao art. 33, § 2º, "b", do CP, o recurso está prejudicado, uma vez que, nos autos do HC nº 520904/SP, o Superior Tribunal já se manifestou acerca do regime prisional do recorrente.*

2. *Na espécie, para afastar o concurso de agente e reconhecer a ocorrência de roubo simples, seria necessário o reexame de fatos e provas, o que não se admite na via especial, conforme disposto na Súmula 7/STJ.*

3. *Parecer pelo não conhecimento do recurso especial.*

É o relatório. Decido.

O recurso está, em parte, prejudicado.

Observo que foi impetrado, nesta Corte, o HC n. 520904/SP objetivando a fixação de regime prisional diverso do fechado.

Em 12/9/2019, não conheci do *habeas corpus*. Na oportunidade, apreciei o mérito do *writ* e constatei a inexistência de constrangimento ilegal a ensejar a concessão da ordem de ofício, nos seguintes termos, na parte que interessa:

Para o estabelecimento de regime de cumprimento mais gravoso do que o originariamente previsto para o quantum da pena imposta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

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.

Nesse mesmo sentido, as Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, in verbis:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

*Na espécie, embora o montante da pena do paciente - **7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão** - comporte o **regime inicial semiaberto**, é de ser mantido o **inicial fechado**, ante a **reincidência** do condenado e a presença de **circunstância judicial desfavorável**, que justificou a fixação da pena-base acima do piso legal, nos termos do art. 33, § 2º e § 3º, do CP.*

Nessa linha:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 6 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO

IDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL CONSIDERADA COMO DESFAVORÁVEL NO JULGAMENTO DE RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. REFORMATIO IN PEJUS. OCORRÊNCIA. PENA-BASE REDUZIDA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. MAUS ANTECEDENTES QUE INVIABILIZAM A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS EVIDENCIADA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.

- No caso, inexistente coação ilegal a ser sanada, pois, embora o montante da pena (5 anos e 6 meses de reclusão) comporte, a princípio, o regime inicial semiaberto, o fato de a pena-base ter sido estabelecida acima do mínimo legal demonstra a necessidade do regime mais gravoso, ante a gravidade concreta do delito, nos termos do disposto no art. 33, § 2º e 3º, do Código Penal. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para, reconhecendo a reformatio in pejus promovida pelo Tribunal de origem ao julgar o apelo defensivo, reduzir as penas para 5 anos e 6 meses de reclusão e 550 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (HC 363.137/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 18/04/2017, DJe 25/04/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUMENTO PROPORCIONAL. REINCIDÊNCIA.

CONDENAÇÃO ALCANÇADA PELO PERÍODO DEPURADOR. AGRAVANTE AFASTADA. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS E INFERIOR A OITO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

7. Estabelecida as penas definitivas em 6 anos de reclusão, para ambos os pacientes, o regime fechado (previsto como o imediatamente mais grave) é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, diante da aferição negativa de circunstâncias judiciais, na primeira etapa da dosimetria para exasperar a pena-base (art. 33, § 2º, 'a', e § 3º, do CP).

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para afastar a agravante de reincidência reconhecida em desfavor do paciente PAULO SÉRGIO OLIVEIRA DA SILVA, resultando na pena definitiva de 6 anos de reclusão. (HC 353.788/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 20/04/2017, DJe 27/04/2017)

A referida fundamentação concreta para o agravamento do regime inicial de cumprimento da pena legitimaria a imposição da modalidade mais gravosa ainda que fosse aplicada a **detração do tempo de prisão cautelar**, prevista no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, de maneira que não há **interesse de agir**, no ponto.

De todo modo, o pedido de **detração** não foi enfrentado pela Corte de origem, de forma que sua análise por este Tribunal Superior significaria **supressão de instância**.

No mais, não vejo como afastar a majorante relativa ao concurso de agente, assim mantida pelo Tribunal *a quo* (e-STJ fls. 352/353):

III- Quanto à qualificadora do concurso de agentes, não há como afastá-la.

A vítima esclareceu que o acusado estava acompanhado de outro indivíduo (foi abordada por dois indivíduos, sendo que cada um veio por um lado do carro, que ambos disseram que estavam armados e mantiveram as mãos na cintura) e nada veio aos autos que pudesse desmerecer sua palavra nesse tópico

(fls. 06).

À versão do ofendido tem-se emprestado credibilidade, por não ser parte no processo penal e, conseqüentemente, não ter interesse no desfecho da causa. Nesse sentido têm decidido nossos Tribunais: "Prova - Palavra da vítima - Roubo - Eficácia - Em sede de crime de roubo a palavra da vítima ganha especial importância no elenco das provas produzidas e é suficiente para embasar uma condenação quando se apresenta firme e coerente na descrição dos fatos e na incriminação do agente, uma vez que não teria sentido sustentar-se que a vítima, pessoa idônea, pudesse ter pretendido incriminar alguém indevidamente" (tacrim - sp - rjdtacrim 47/279). ' ' Nos crimes cometidos na clandestinidade, dentre os quais, atualmente, o roubo, as palavras do lesado, desde que firmes e seguras, adquirem especial relevo, máxime se este não conhecia o réu" (rjdtacrim 15/148). "Em sede de delito de roubo a palavra da vítima se reveste de relevância se coerente e segura, posto que em delitos de tal jaez preferem os meliantes praticá-los às ocultas, em ações rápidas e bem engendradas de modo a dificultar ao máximo sua identificação, nenhum interesse à aqueles que a molestaram" (tacrim - sp - rdjtacrim 46/306). Na mesma esteira estão os julgados publicados na RTJ 88/371, 131/873 e 163/1028 e na RT 390/342 e 484/320.

Acertadamente, portanto, a r. Sentença monocrática imputou ao acusado a prática de roubo majorado (pelo concurso de agentes).

A pretensão do recorrente de modificar o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias, no sentido de afastar o concurso de agentes, demandaria reexame de provas, o que é inviável na via do recurso especial, segundo dispõe o enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

A propósito:

REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE PROVAS. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. A desconstituição do julgado, por suposta violação à lei federal, no intuito de abrigar o pleito defensivo de absolvição e o conseqüente afastamento da causa de aumento relativa ao concurso de agentes, não encontra espaço na via eleita, porquanto seria necessário a este Sodalício

Superior Tribunal de Justiça

aprofundado revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, providência exclusiva das instâncias ordinárias e incabível no âmbito do recurso especial, conforme já assentado pelo Enunciado nº 7 da Súmula desta Corte.

[...]

3. *Agravo regimental desprovido.* (AgRg no AREsp 1068053/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 23/08/2017)

Diante do exposto, **não conheço** do recurso especial.

Intimem-se.

Brasília, 28 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator