AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.628.568 - SP (2019/0358598-8)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
AGRAVANTE	:	NELSON CUNHA
ADVOGADO	:	EUGENIO CARLO BALLIANO MALAVASI - SP127964
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. RECEPTAÇÃO QUALIFICADA. PLEITO PELA ABSOLVIÇÃO. INVERSÃO DO JULGADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PENA QUE NÃO EXCEDE 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. REGIME SEMIABERTO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA AGRAVAMENTO DO REGIME PRISIONAL. VERBETES SUMULARES N.os 440/STJ, 718 E 719/STF. CABÍVEL O REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO ESPECIAL E, NESSA EXTENSÃO, DAR-LHE PROVIMENTO.

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por NELSON CUNHA contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que inadmitiu recurso especial interposto com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional na apelação n.º 0015578-15.2013.8.26.056.

Consta nos autos que o Juízo de primeiro grau, com esteio no inciso VII do art. 386 do Código de Processo Penal, absolveu o Agravante quanto ao delito previsto no art. 180, § 1.º, do Código Penal (fls. 729-739).

Irresignada, a Acusação interpôs apelação, à qual a Corte de origem deu provimento para condenar o Acusado às penas de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 180, § 1.º, do Código Penal, nos termos da seguinte ementa (fl. 824):

> *"Receptação dolosa qualificada Artigo 180, parágrafo 1°, do Código Penal - Ausência de justificativa plausível a comprovar a posse lícita do bem - Consciência da origem espúria evidenciada - Condenação nos termos da denúncia decretada. Apelo ministerial provido."*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: DB10F016-7021-4A3A-AAD5-46FD128B5AF6

Sustenta a Defesa, nas razões do apelo nobre, contrariedade aos arts. 158, 564, inciso III, alínea c, e 386, inciso II, do Código de Processo Penal; bem como aos arts. 33, § 2.º, alínea c, e 44, do Código Penal.

Alega que não foram apresentadas provas hábeis e concretas quanto à materialidade do delito e, portanto, a absolvição do Réu é medida que se impõe.

Assevera que o regime semiaberto e a negativa de substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos estão fundamentados apenas na gravidade abstrata do delito.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 850-861). O recurso especial não foi admitido (fls. 864-865). Foi interposto agravo (fls. 868-876).

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 954-960, opinando pelo provimento do agravo e parcial provimento do recurso especial.

É o relatório.

Decido.

No que diz respeito à alegada ausência de comprovação quanto à materialidade do delito, o aresto atacado, na parte que interessa, está calcado nas seguintes razões de decidir (fls. 825-828; sem grifos no original):

> *"**A materialidade e a autoria delitivas estão comprovadas, com a portaria inaugural (fl. 07), auto de exibição e apreensão (fl. 14), b.o.'s (fls. 09/10, 15/22, 42/3 e 47/54), documentos de fls. 23/7 e 93/105 e com a repercussão da prova oral extrajudicial no contraditório**.*
>
> [...]
>
> *Desnecessário dizer que não só merecem credibilidade os depoimentos da vítima e aqueles provenientes de agentes do Estado como também que não se prestariam eles a imputação de crime ao inculpado, com o qual não mantinham qualquer vínculo, por mero deleite ou satisfação pessoal.*
>
> *Na receptação, crime clandestino no mais alto grau, aferem-se proceder doloso e a ciência sobre a origem espúria dos bens das circunstâncias de fato que cercam o seu recebimento e exercício pelo acusado.*
>
> *E, n**a espécie, era, de fato, despicienda a identificação do bem apreendido em poder do increpado pelo número de série, pois, conforme relatou o representante da vítima, era ele o transportador exclusivo dos** tablets **da 'Multilaser' e, justamente no primeiro transporte das primeiras 6.000 unidades, que eram inéditas no Brasil, foi a carga roubada**.*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: DB10F016-7021-4A3A-AAD5-46FD128B5AF6

Daí por que não poderia mesmo o acusado estar vendendo aqueles aparelhos eletrônicos em seu comércio.

Não se desconhece que a identificação 'NB 017' trata-se de código identificador de um modelo de tablet *e que possível encontrá-lo à venda na* internet*, como apregoa o increpado, porém,* ***à época do ocorrido, vale dizer, ano de 2012, tratava-se de produtos eletrônicos inéditos no Brasil e somente havia aquelas 6.000 unidades, que integravam a carga que havia sido roubada pouco tempo antes dos fatos.***

Some-se a isso o fato de o increpado ostentar condenação em Segunda Instância por idêntica prática (fl. 671 e consulta ao sistema) e, em ambas as situações em que foi processado por receptação qualificada, ter apresentado notas fiscais inidôneas, de modo a justificar a licitude dos produtos apreendidos em seu estabelecimento, o que não deixa de ser significativo, diante do mais argumentado acima.

*Em suma, o recorrido foi flagrado com aparelho subtraído,****não sendo crível, pelas circunstâncias, que não soubesse da origem ilícita, a uma, porque não era credenciado à comercialização dos produtos 'Multilaser'; a duas, porque, não obstante a sua larga experiência no ramo, não se certificou que a suposta vendedora tratava-se de empresa idônea devidamente credenciada****.*

Via de consequência, imperioso o reconhecimento de mais grave a prática delitiva no âmbito do exercício de atividade comercial, certo que bem ilícito entra em circulação ilimitada, valendo-se, os agentes, de sua maior facilidade para tanto, à vista do negócio estabelecido, ao contrário da figura da receptação simples, cujo bem, regra geral, não ultrapassa a esfera do patrimônio particular do adquirente. De rigor, portanto, o acolhimento do recurso ministerial."

Como se vê, o Tribunal *a quo*, soberano quanto ao exame do acervo fático-probatório acostado aos autos, concluiu que foram apresentadas provas idôneas e aptas a amparar o édito condenatório. Portanto, a inversão do julgado demandaria, necessariamente, revolvimento das provas e fatos que instruem o caderno processual, o que encontra óbice na Súmula 7 desta Corte Superior de Justiça.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. INEXISTÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. SISTEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. DECISÃO FUNDAMENTADA. EXAME DA PROVA POR PARTE DA CORTE LOCAL. CONFIRMADA A MATERIALIDADE E A AUTORIA DELITIVA. SÚMULA 7 DO STJ. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 155 DO CPP. RECEPTAÇÃO. CABE À DEFESA APRESENTAR PROVA ACERCA DA ORIGEM LÍCITA DO BEM. ALEGAÇÃO DE

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: DB10F016-7021-4A3A-AAD5-46FD128B5AF6

CERCEAMENTO DE DEFESA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284 DO STF. REGIME INICIAL. TEMA PREJUDICADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. No sistema de valoração das provas do processo penal brasileiro, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que é dado ao julgador decidir pela condenação do agente, desde que o faça fundamentadamente.

2.1. A Corte local, de forma minudente, examinou a prova dos autos e afirmou a presença de elementos que atestam a materialidade e a autoria delitiva. Ciente disso, o acolhimento do inconformismo, segundo as alegações vertidas nas razões do especial, demanda o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, situação vedada pela Súmula 7 do STJ.

[...]

6. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1774653/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 19/12/2018)

"PENAL. PROCESSUAL PENAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECEPTAÇÃO QUALIFICADA. AUTORIA E MATERIALIDADE. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O reconhecimento da violação dos dispositivos infraconstitucionais suscitada pelo recorrente demanda imprescindível revolvimento do acervo fático-probatório delineado nos autos, procedimento vedado em sede de recurso especial, a teor da Súmula n. 7 do STJ.

[...]

3. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp 479.854/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 05/12/2014)

No que diz respeito ao estabelecimento do regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda corporal e da negativa quanto à substituição desta por restritivas de direitos, acórdão recorrido contém a seguinte fundamentação (fl. 829; sem grifos no original):

"De outra parte, ***não afastada a primariedade técnica do acusado****, afigura-se-lhe* ***mais apropriado o regime prisional inicial semiaberto*** *para o cumprimento da pena privativa de liberdade, não se cogitando da fixação do regime aberto, diante da* ***gravidade da conduta, a fomentar a prática de crimes de maior gravidade****, bem como da*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: DB10F016-7021-4A3A-AAD5-46FD128B5AF6

> *condenação pretérita por idêntico delito (Apelação n° 3010111-04.2013.8.26.0562, 9ª Câmara Criminal Extraordinária, relª Desª Ivana David, j.15.09.2017), sem falar nos apontamentos negativos em seus antecedentes, tudo a revelar personalidade distorcida e voltada à prática de ilícitos.*
>
> ***Inviável, pelos mesmos motivos, a substituição por restritivas**, modalidade de apenamento que se mostra insuficiente a lhe coibir a conduta social tão fortemente desajustada."*

Como se vê, o Tribunal de origem fixou o regime inicial semiaberto fundado exclusivamente **na gravidade abstrata do delito de receptação qualificada**, não indicando concretamente circunstâncias que evidenciem a maior gravidade do crime, o que, a teor da jurisprudência pacificada deste Tribunal Superior, não se admite.

Com efeito, a questão acerca do regime prisional ora discutida tem sido apreciada repetidas vezes por esta Corte, o que culminou na edição do enunciado n.º 440 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual, *"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 mesmo sentido, têm sido os reiterados julgados do Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência está espelhada nos Verbetes Sumulares n.os 718 e 719, 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."*

No caso, o Agravante foi considerado primário, não tendo sido valorada negativamente nenhuma vetorial do art. 59 do Código Penal na fixação da pena-base e imposta a pena final de 3 (três) anos de reclusão. É cabível, dessa forma, **o regime aberto, nos termos do art. 33, § 2.º, alínea *c*, do Código Penal**, uma vez que a fundamentação lançada pelas instâncias ordinárias para fixar o regime inicial mais gravoso não extrapola o tipo penal do crime de roubo.

Nesse sentido, aliás, tem sido a jurisprudência desta Corte, consoante demonstram os seguintes precedentes, *verbis*:

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: DB10F016-7021-4A3A-AAD5-46FD128B5AF6

"PENAL. HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. RÉ PRIMÁRIA. REGIME ABERTO.* WRIT *NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus *substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.*

2. De acordo com a Súmula 440/STJ, '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'*; e com a Súmula 719/STF,* 'a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea'.

3. Os fundamentos utilizados no decreto condenatório não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso do que o indicado pela quantidade de pena imposta ao agente (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), nos termos da Súmula 440 desta Corte. Tratando-se de ré primária, cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, e que foi condenada à pena de 4 anos de reclusão, deve a reprimenda ser cumprida em regime inicial aberto.

4. Habeas corpus *não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial de cumprimento aberto à paciente, salvo se estiver descontando pena em regime mais grave por outro motivo."* (HC 472.844/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe de 13/02/2019.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. *ROUBO CIRCUNSTANCIADO NA FORMA TENTADA. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA.*

1. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime prisional, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do Código Penal). Ademais, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que o que permitir a pena aplicada quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito, o que não ocorreu na espécie. Precedentes.

2. No caso, a pena-base foi mantida no patamar mínimo, em razão da análise favorável das circunstâncias judiciais. No entanto, o regime mais gravoso foi estabelecido com fundamento na gravidade abstrata do delito. Assim, diante do quantum *de pena aplicada - 3 anos e*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: DB10F016-7021-4A3A-AAD5-46FD128B5AF6

8 meses de reclusão -, é cabível a alteração do regime prisional para o aberto.

3. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no HC 465.001/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 18/10/2018)

Por outro lado, a conclusão a que chegou o Tribunal estadual acerca de concessão das benesses previstas no art. 44 do Código Penal à espécie também não se coaduna com o entendimento desta Corte Superior de Justiça, porquanto estão presentes os requisitos objetivos e subjetivos para a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, tendo em vista que o crime foi cometido sem violência ou grave ameaça, a pena privativa de liberdade é inferior a 4 (quatro) anos, o Réu não é reincidente e as circunstâncias judiciais foram integralmente favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal.

Nesse sentido:

"*PENAL.* HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. SUPERAÇÃO DO ENUNCIADO N. 691 DA SÚMULA DO STF. PENA INFERIOR À 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PARECER MINISTERIAL FAVORÁVEL.* HABEAS CORPUS *NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

V - Preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, quais sejam, pena não superior a 4 (quatro) anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, réu não reincidente e circunstâncias judiciais favoráveis, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em moldes a serem especificados pelo Juízo da Execução Penal.

Habeas corpus *não conhecido. Ordem concedida de ofício.*" (HC 501.876/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe de 29/04/2019; sem grifos no original.)

"*PENAL E PROCESSUAL.* HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NEGATIVA PELOS MAUS ANTECEDENTES. INEXISTÊNCIA. AÇÕES PENAIS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. CONSIDERAÇÃO PARA FINS DE DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. POSSIBILIDADE, EM PRINCÍPIO. EXISTÊNCIA DE*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: DB10F016-7021-4A3A-AAD5-46FD128B5AF6

UMA AÇÃO PENAL POR PORTE ILEGAL DE ARMA. FUNDAMENTO INSUFICIENTE PARA CARACTERIZAR DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. REDUÇÃO EM 1/2, PELA NATUREZA DA DROGA. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO COM BASE NOS MAUS ANTECEDENTES. RÉU PRIMÁRIO. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. DIREITO AO REGIME INICIAL ABERTO E À SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS *NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

6. Tratando-se de réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos - faz jus ao regime aberto, bem como à substituição da pena privativa restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do CP.

7. Habeas corpus *não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para reduzir as penas a 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime aberto, e 250 dias-multa, e substituir a pena reclusiva por restritivas de direitos, a serem definidas pelo juízo das execuções.*" (HC 254.378/MA, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe de 09/02/2017; sem grifos no original.)

Ante o exposto, CONHEÇO do agravo para CONHECER PARCIALMENTE do recurso especial e, nessa extensão, DAR-LHE PROVIMENTO ao recurso especial, a fim de: **a)** fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, mediante condições a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais, salvo se estiver cumprindo pena em regime mais grave por outro motivo; e **b)** substituir a pena privativa de liberdade por 2 (duas) restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 1º de abril de 2020.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: DB10F016-7021-4A3A-AAD5-46FD128B5AF6