

RECURSO ESPECIAL Nº 1.790.349 - SP (2019/0003332-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE : **DIEGO DOS SANTOS VIEIRA**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
THIAGO MONTEIRO PEREIRA - DEFENSOR PÚBLICO -
SP246545
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por DIEGO DOS SANTOS VIEIRA, fundado na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cuja ementa é a seguinte (e-STJ fl. 185):

ROUBO - materialidade - auto de exibição e prova oral que comprovam a subtração de um aparelho celular mediante grave ameaça - absolvição pela falta de ameaça - impossibilidade.

ROUBO - autoria - negativa de ameaça do réu - fato anormal - não acolhimento - declaração de vítima reconhecendo o apelante em juízo e descrevendo a grave ameaça e a subtração - validade - depoimento policial confirmando a apreensão da res furtiva em poder do réu e ratificando a versão da vítima - validade, só devendo o depoimento policial ser visto com reservas quando efetuado de modo a justificar eventual abuso por parte da autoridade.

CONSOMAÇÃO - ocorre com desapossamento, cessada violência ou grave ameaça - caso concreto em que o réu disse que a vítima que a mataria e se apoderou do aparelho celular.

PENAS - base no mínimo - manutenção, ausente recurso ministerial - segunda fase - confissão e menoridade - confissão que não deveria ter sido reconhecida uma vez que o réu negou a ameaça - manutenção, ausente recurso ministerial - não diminuição - terceira fase - ausentes causas de aumento e diminuição - reprimenda mantida.

REGIME - semiaberto - manutenção, ausente recurso ministerial - improvimento ao recurso defensivo.

Nas razões do recurso especial (e-STJ fls. 212/219), alega a parte recorrente violação dos arts. 33, § 3º e 59, do CP. Sustenta a inaplicabilidade de regime inicial de cumprimento de pena mais severo que o correspondente ao montante da pena aplicada, tendo em vista a ausência de valoração negativa das circunstâncias judiciais.

Argumenta que, diante (i) do reconhecimento da primariedade técnica do recorrente, (ii) da fixação da pena no mínimo legal e (iii) da ausência de fundamentação idônea, o recrudesimento de regime não merece prosperar. Pugna, ao final, pela fixação de regime aberto para o início do cumprimento da pena.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ fls. 238/244), o recurso foi admitido pelo Tribunal *a quo* (e-STJ fl. 247).

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar, opinou pelo não provimento do recurso (e-STJ, fls. 257/260):

É o relatório. **Decido.**

O recurso merece acolhida.

No que concerne ao regime de cumprimento de pena, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, *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 n. 440 deste Tribunal.

Na mesma esteira, são os enunciados das Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:

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.

Inarredável, portanto, a necessidade de apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais elencadas no art. 59, do CP ou em outra situação que demonstre a gravidade concreta do crime. Precedentes: HC 325.756/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 28/6/2016, DJe 1º/8/2016; HC 312.264/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA

FONSECA, Quinta Turma, julgado em 24/5/2016, DJe 31/5/2016; HC 344.395/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 8/3/2016, DJe 15/3/2016.

No presente caso, o Juízo de 1º grau proferiu sentença condenatória, consignando, na dosimetria da pena, o seguinte (e-STJ fl. 147):

[...] De rigor, pois, a condenação do réu conforme descrito na denúncia, resta, enfim, a fixação de sua pena, até porque inexistem circunstâncias excludentes da ilicitude ou que o isentem de sanção. Passo à dosimetria da pena. Assim, conforme disposição do artigo 59 do Código Penal. Código Penal [sic] e atendendo a culpabilidade, entendida como reprovabilidade da conduta, é normal à espécie. Os motivos entendidos como as razões subjetivas que estimularam ou impulsionaram o agente à prática da infração penal, são neutros, uma vez que inerente ao tipo penal, qual seja a objetivação de lucro fácil pela subtração de bens valiosos para si ou para outrem; os comportamentos das vítimas e conduta social são neutros. Compulsando os autos, verifico que o réu é tecnicamente primário, razão pela qual fixo a pena-base no mínimo legal, qual seja 04 (quatro) anos de reclusão além do pagamento de 10 (dez) dias-multa. Presentes as atenuantes da confissão e da menoridade as quais, entretanto, não tem o condão de levar a pena além do mínimo legal. Não há outras causas de aumento ou diminuição de pena a considerar, razão pela qual torno definitivas as penas fixadas. Embora o crime cometido pelo réu seja de extrema gravidade, no presente caso, entendo suficiente a fixação do regime inicial semiaberto para início de cumprimento. [...].

Colhe-se dos autos que o Tribunal *a quo* negou provimento à apelação defensiva, mantendo a sentença, inclusive o regime inicial de cumprimento de pena nela fixado, pelos seguintes fundamentos (e-STJ fls. 198/200):

[...]

Passemos a análise da dosimetria da pena.

Na primeira fase a sentença fixou a pena base no mínimo legal de 4 anos de reclusão e 10 dias-multa.

Contudo, entendo que o caso foi revestido por circunstâncias judiciais desfavoráveis que justificariam a fixação da pena base acima do mínimo legal. Em primeiro lugar, o réu praticou o delito no interior de um transporte público no início da noite, ou seja, em local freqüentado por inúmeros populares. Assim, revelou ousadia e audácia. Ainda, o réu praticou o crime contra vítima mulher e que é mais frágil fisicamente, a qual relatou inclusive ter ficado traumatizada diante do ocorrido.

Todavia, ante a ausência de recurso ministerial, mantém-se a pena no mínimo.

Na segunda fase, a sentença reconheceu as atenuantes da confissão e da menoridade.

Destaca-se, contudo, que não deveria ter sido reconhecida a atenuante da confissão uma vez que o apelante negou ter praticado a grave ameaça. Mais uma vez, ante a ausência de recurso ministerial, mantém-se o reconhecimento.

De todo modo, uma vez fixada no mínimo legal, a pena não foi reduzida.

Entende-se que a pena nas duas primeiras fases da dosimetria não pode ir aquém do mínimo, tampouco além do máximo.

E este o entendimento nos termos da Súmula 231 do E. Superior Tribunal de Justiça "a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

[...]

Portanto, nesta fase, ainda que presente circunstância atenuante, mantém-se a pena no mínimo legal.

Na terceira fase, em não havendo causas de aumento e diminuição, tornou-se definitiva a pena de 4 anos de reclusão e 10 dias-multa.

A sentença fixou o regime semiaberto para início do cumprimento de pena. Em que pese entender o regime fechado como sendo o mais adequado para o caso concreto, tendo em vista a gravidade do delito, a qual envolveu grave ameaça contra vítima, e as circunstâncias judiciais desfavoráveis, mantém-se o regime fixado ante a ausência de recurso ministerial.

A Lei nº 12.736/12 incluiu o artigo 387, § 2º do Código de Processo Penal para permitir que o juiz quando da sentença desconte o tempo de prisão provisória, prisão administrativa ou internação no total de pena imposta, o que se dá unicamente para fins de fixação do regime inicial de pena privativa de liberdade.

Ocorre que referida alteração apenas tem razão de ser quando o regime é fixado unicamente com base no quantum da pena imposta sem a influência de qualquer circunstância como as do artigo 59 do Código Penal ou a reincidência.

Ainda que se entenda que o tempo de prisão processual deve ser descontado para a aplicação do artigo 33, §2º, do Código Penal, no caso dos autos o regime foi fixado não em razão do quantum, mas pela maior reprovabilidade, com base no artigo 33, §3º, do Código Penal.

No caso em tela, conforme demonstrado, há circunstâncias a influenciarem no regime e que justificam a manutenção de sua espécie intermediária, destarte, não tem relevância a aplicação do dispositivo em estudo.

[...]. (grifou-se).

No presente caso, não obstante a primariedade técnica do acusado e o fato de a reprimenda final ter sido fixada em 4 (quatro) anos, os fundamentos adotados pelo Tribunal de origem para a manter o regime mais gravoso estabelecido na sentença condenatória não podem ser tidos por genéricos e abstratos, diante da existência de elementos concretos a figurar em demérito do acusado. Assim, reputo idônea e suficiente a motivação adotada pela instância ordinária.

Com efeito, na espécie, o estabelecimento do regime mais severo do que o indicado pelo *quantum* da reprimenda aplicada se baseou na gravidade concreta do delito, evidenciada pelo seu cometimento (i) no interior de um transporte público, no início da noite, portanto, em local com grande fluxo de pessoas, a revelar a ousadia, audácia e periculosidade do agente; e (ii) tendo como vítima uma mulher, fisicamente mais frágil, a qual relatou ter ficado traumatizada.

Nesse contexto, diante da maior reprovabilidade da conduta, não merece censura a imposição de resposta estatal superior, em atenção ao princípio da individualização da pena.

Ademais, como é cediço na jurisprudência desta Corte, a fixação da pena-base no mínimo legal, na primeira etapa dosimétrica, não conduz, necessariamente, à fixação do regime correspondente à quantidade de pena aplicada, sendo lícito ao julgador impor regime mais gravoso do que o previsto no art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, desde que apresentada motivação concreta e idônea.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, II, DO CP. ART. 244-B DO ECA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

*2. 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 desses não terem sido empregados na fixação da pena-base, estabelecida no mínimo legal. Na espécie, o Tribunal a quo salientou particularidade fática, destacando "as circunstâncias do crime de roubo, praticado mediante o emprego de simulacro de arma de fogo e concurso de três agentes, um deles adolescente, que abordaram vítima mulher com sua filha de dez anos, revelando periculosidade incomum dos apelantes" (fl. 26), o que traz para o palco dos acontecimentos um plus de reprovabilidade, impedindo o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena. 3. Habeas corpus não conhecido. (HC 380.450/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 02/02/2017, grifou-se).

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 440/STJ. INAPLICABILIDADE. REGIME FECHADO ESTABELECIDO MOTIVADAMENTE. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte, a definição do regime prisional não está condicionada, de forma absoluta, à quantidade de pena aplicada, uma vez que se deve dar relevo aos demais elementos concretos do delito.

- Na hipótese, não se verifica constrangimento ilegal na fixação do regime inicial fechado à paciente Bruna, pois foi aplicado com base na gravidade concreta do *modus operandi* do delito, o qual extrapolou a prática delituosa comum para o tipo, cometido em concurso de três agentes, com simulacro de arma de fogo, em via pública e no período noturno, ameaçando duas vítimas mulheres. Quanto ao paciente Eduardo, o regime mais gravoso foi fixado em razão da reincidência. Precedentes desta Corte.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. (HC 355.088/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 22/06/2016).

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. MODUS OPERANDI. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. REGIME SEMIABERTO CABÍVEL. WRIT NÃO CONHECIDO E HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO.

[...]

2. Os fundamentos utilizados pelo acórdão ora recorrido 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.

3. Nada obstante o fato de a pena-base ter sido imposta no piso legal, o estabelecimento do regime mais severo do que o indicado pelo quantum da reprimenda baseou-se na gravidade concreta do delito, evidenciada pelo seu modus operandi, porquanto o crime foi praticado no interior de transporte público coletivo, tendo o agente ameaçado o motorista de morte, mediante o emprego de faca, que permaneceu no pescoço da vítima até a chegada dos policiais, além de ter tentado subtrair os bens de cerca de 50 (cinquenta) passageiros que estavam no interior do veículo, determinando que esses descessem do veículo, o que exige resposta estatal superior, dada a maior reprovabilidade da conduta, em atendimento ao princípio da individualização da pena.

4. 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 mediante fundamentação idônea. (Precedentes).

5. Malgrado não se possa falar em carência de fundamento válido para o estabelecimento de regime prisional mais severo, considerando que a pena restou consolidada em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, impende reconhecer que não se mostra razoável a imposição do regime prisional fechado para o desconto da reprimenda, notadamente diante da primariedade do réu.

6. Writ não conhecido. Habeas corpus concedido, de ofício, para estabelecer o regime prisional inicialmente semiaberto, salvo se, por outro motivo, o paciente estiver cumprindo pena em meio mais gravoso. (HC 331.627/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 28/06/2016).

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO ALICERÇOU-SE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. Segundo o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, "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".

3. Contudo, no caso, ainda que fixada a pena-base no mínimo legal, não se verifica o alegado constrangimento ilegal, uma vez que o

regime fechado foi fixado com base na gravidade concreta do delito - o acusado praticou o delito mediante simulação de arma de fogo e no interior de transporte público, o que demonstra maior ousadia e periculosidade.

- Habeas corpus não conhecido. (HC 336.538/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 25/11/2015, grifou-se).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. USO DE SIMULACRO DE ARMA DE FOGO. AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA. REGIME PRISIONAL FECHADO GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CRIME PRATICADO EM CONCURSO DE PESSOAS EM TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO. MAIOR OUSADIA E PERICULOSIDADE EVIDENCIADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça -STJ, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal - STF, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- A jurisprudência desta Corte Superior tem se posicionado no sentido de que a arma de fogo inidônea para efetuar disparos não pode ser utilizada como majorante no delito de roubo, tendo em vista que, ante sua ausência de potencialidade lesiva, somente atua com a função de intimidar a vítima, caracterizando, assim, a grave ameaça inerente ao tipo penal. Ressalva do entendimento do Relator.

- É certo que a Jurisprudência desta Corte Superior, nos termos da Súmula n. 440/STJ, tem entendido que, fixada a pena-base no mínimo legal, a simples gravidade abstrata do crime de roubo circunstanciado não constitui motivação idônea para justificar a imposição do regime prisional fechado.

- Todavia, no caso dos autos, embora a reprimenda tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 anos de reclusão e a pena-base fixada no mínimo legal, o regime inicial fechado foi fixado de forma concreta, sob o fundamento da existência de maior censurabilidade na conduta do réu que, mediante grave ameaça exercida com simulacro de arma de fogo e concurso de pessoas, praticou o delito dentro de transporte público coletivo, o que demonstra sua maior ousadia e periculosidade, não sendo o caso, portanto, de incidência da Súmula n. 440 do STJ.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar a causa de aumento do emprego de arma, reduzindo a pena imposta para 5 anos e 4 meses de reclusão. (HC 286.046/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO, Desembargador convocado do TJ/SP, SEXTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 16/12/2014, grifou-se.)

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inciso IV, alínea "a", do CPC, e no art. 255, § 4º, inciso II, do RISTJ, e na Súmula n. 568/STJ,

nego provimento ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 13 de fevereiro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

