

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.401.210 - SP
(2018/0308475-7)**

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : TATIANA BUENO DE OLIVEIRA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
VIVIAN MARIA LOPES - DEFENSORA PÚBLICA -
SP0199591
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

TATIANA BUENO DE OLIVEIRA agrava de decisão que inadmitiu o recurso especial, fundado no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação n. 0041299-21.2011.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que a ré foi absolvida, em primeira instância, da imputação pela prática de **furto qualificado em continuidade delitiva – art. 155, § 4º, I e IV, c/c o art. 71 (sete vezes), ambos do CP** (fls. 314-322).

O Tribunal de origem deu provimento à apelação do Ministério Público estadual e **condenou a agravante** à pena de **3 anos e 4 meses de reclusão, no regime semiaberto** (fls. 490-506).

Os embargos declaratórios opostos foram rejeitados (fls. 527-538).

Nas razões do especial, alega a defesa que o acórdão recorrido violou os **arts. 33, §§ 2º e 3º, 44, 59 e 68, todos do CP** (fls. 542-548).

Contesta a fixação do regime prisional semiaberto, por ausência de fundamentação, uma vez que a recorrente é **primária, a pena-base foi fixada no mínimo legal** e a sanção final **não ultrapassou 4 anos** de reclusão.

Impugna, ainda, a **não substituição da reprimenda por restritiva de direitos**, sob a alegação de a acusada preencher todos os requisitos exigidos no Código Penal.

Requer o provimento do recurso a fim de **estabelecer o regime inicial aberto** para o cumprimento da reprimenda e substituir a pena por medida restritiva de direitos.

O recurso especial não foi admitido na origem (fls. 565-566), o que ensejou a interposição do presente agravo (fls. 571-577).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do agravo (fls. 611-613).

Decido.

O agravo é tempestivo e infirmou os fundamentos da decisão agravada, razões pelas quais conheço do recurso e passo à análise das impugnações.

I. Regime aberto

Quanto à almejada modificação do regime inicial para o aberto, cumpre enfatizar que esta Corte tem decidido que o modo inicial de cumprimento da pena não está vinculado, de forma absoluta, ao *quantum* de reprimenda imposto.

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 (**HC n. 279.272/SP**, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T., DJe 25/11/2013; **HC n. 265.367/SP**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5ª T., DJe 19/11/2013; **HC n. 213.290/SP**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 4/11/2013; **HC n. 148.130/MS**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 3/9/2012).

Portanto, as mesmas circunstâncias judiciais aferidas pelo magistrado para fixação da pena-base na primeira fase da dosimetria deverão ser sopesadas na imposição do regime inicial de cumprimento de pena.

A Corte estadual, ao condenar a recorrente e fixar o regime inicial semiaberto, assim dispôs (fl. 181, destaquei):

[...]

À derradeira, **adequado o regime semiaberto de cumprimento de pena para ambos os acusados ante o**

quantum da pena e condições desfavoráveis, como perfeitamente motivado na respeitável sentença: "Tendo em vista o antecedente criminal registrado em nome do réu e o fato de, na ocasião narrada na denúncia, ter praticado sete furtos, fixo o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade" (fls. 279).

Pelo que se lê nos trechos em destaque, **neste caso, está presente a apontada violação, pois a ré é primária, a pena-base foi estabelecida no mínimo legal e a sanção final não ultrapassou 4 anos de reclusão.**

A justificativa deu-se pelos **maus antecedentes do corréu**, o que não constitui **fundamento idôneo para a imposição de regime inicial mais gravoso**, em respeito ao princípio da individualização das penas, e consoante disposto nos §§ 2º e 3º do art. 33 do Código Penal.

Caracterizada está, pois, a violação do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal, consoante dispõem as Súmulas n. 440 do STJ, 718 e 719 do STF, respectivamente:

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.

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.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados desta Corte de Justiça:

[...]

3. O réu, primário, sem registro de circunstância judicial desfavorável e condenado a 4 anos de reclusão, deve cumprir a pena no regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.

4. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de

ofício, para fixar o regime inicial aberto de cumprimento de pena. (HC n. 336.754/SP, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 25/11/2015, destaquei)

[...]

3. A **pena-base fixada na espécie corresponde ao mínimo legal, porquanto primário o réu e favoráveis as circunstâncias judiciais, sendo a pena definitiva igual a 4 (quatro) anos de reclusão**. Assim, a teor dos arts. 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, c/c 59, ambos do Código Penal, **impõe-se a aplicação do regime aberto para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade**.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial aberto. (HC n. 330.169/SP, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 21/10/2015, grifei)

Logo, a agravante, **primária, sem registro de circunstância judicial desfavorável** e condenada a **3 anos e 4 meses de reclusão**, deve cumprir a pena em regime inicial **aberto**, a teor do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do CP.

II. Substituição da pena

No que tange à substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos exigidos para a concessão dessa benesse, os quais estão previstos no art. 44 do CP:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

No caso, a Corte estadual afastou a substituição sob o seguinte argumento (fl. 506):

[...]

Pelas mesmas razões, existe óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, para ambos os recorrentes, nos termos do artigo 44, e seguintes do Código Penal, **como bem fundamentado na r. sentença, porquanto foram sete crimes perpetrados, além da existência de crime anterior, da mesma natureza.**

Conforme trecho destacado, a substituição da reprimenda da ré foi negada em decorrência da **circunstância de haverem sido praticados sete furtos qualificados em continuidade delitiva.**

A motivação apresentada, conquanto sucinta, encontra guarida na jurisprudência desta Corte Superior e é suficiente, pois, para afastar a ilegalidade suscitada.

Nesse sentido:

[...]

É permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o quantum de redução da pena a ser aplicado, diante da incidência do § 2º do art. 155 do CP (furto privilegiado), desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado. Na espécie, o Tribunal *a quo*, justificou a redução no patamar de 1/3 (um terço), **tendo em vista a maior reprovabilidade da conduta, que se deu em continuidade delitiva, fundamentação que também obsta a substituição da pena corporal apenas por multa.** [...] (HC n. 389.908/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 25/5/2017, grifei)

III. Execução imediata

Ante o esgotamento das instâncias ordinárias, como no caso, de acordo com entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE n. 964.246, sob a sistemática da repercussão geral, é possível a execução da pena depois da prolação de acórdão em segundo grau de jurisdição e antes do trânsito em julgado da condenação, para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos constitucionais por ele tutelados.

IV. Dispositivo

À vista do exposto, **conheço do agravo** para, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, II, "b", parte final, do RISTJ, **dar parcial provimento** ao recurso especial, **a fim de estabelecer o regime aberto** para o início do cumprimento de pena.

Determino o envio de cópia dos autos ao Juízo da condenação para imediata execução da pena caso a agente não a esteja cumprindo atualmente.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

