

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.399.761 - SP
(2018/0306264-3)**

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : PETERSON LUIS PETROLI
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADRIANO LINO MENDONCA - DEFENSOR PÚBLICO -
MG120023
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

PETERSON LUIS PETROLI agrava de decisão que inadmitiu seu recurso especial, interposto com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, em face de acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação Criminal n. 0000124-13.2016.8.26.0037.

Depreende-se dos autos que o agravante foi condenado, em primeira instância, à pena de **5 anos e 4 meses de reclusão**, em regime **semiaberto**, mais multa, **pela prática de roubo majorado** – art. 157, § 2º, I, do Código Penal (fls. 66-74).

A Corte estadual **deu provimento ao apelo do Ministério Público estadual e fixou o regime fechado** para o início do cumprimento da pena (fls. 164-168).

Os embargos declaratórios opostos pelo agravante foram rejeitados (fls. 194-198).

No recurso especial (fls. 212-217), a defesa aponta violação dos **arts. 33 e 59 do Código Penal e das Súmulas n. 718 e 719 do STF e 440 do STJ**. Argumenta que o réu é primário, confesso e a pena final não ultrapassou o patamar de 8 anos de reclusão.

Sustenta que o regime mais gravoso foi estabelecido com base na gravidade abstrata do delito.

Requer o provimento do recurso, para que seja **restabelecido o regime semiaberto**.

O especial foi inadmitido no juízo prévio de admissibilidade realizado pelo Tribunal local (fls. 233-234), o que ensejou a interposição

deste agravo (fls. 506-516).

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 535-539, pelo **não conhecimento** do recurso.

Decido.

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

I. Regime

Quanto à almejada modificação do regime inicial para o semiaberto, 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).

O art. 33, § 3º, do Código Penal dispõe que "a determinação do regime inicial de cumprimento de pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código".

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.

Na primeira instância, o Juiz justificou o regime semiaberto com base na jurisprudência deste Superior Tribunal (fls. 72-73).

A Corte estadual, ao recrudescer o regime para o fechado, assentou (fl. 168, destaquei):

[...]

Conforme postulado pelo *parquet*, o regime inicial

fechado é de rigor no combate à criminalidade armada, caso dos autos, em que o réu ingressou no estabelecimento da vítima e exibiu sua arma no intuito de intimidá-la, diminuindo sua chance de reação e facilitando a consumação do delito, revestindo de maior reprovabilidade a conduta.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso do MINISTÉRIO PÚBLICO para estabelecer regime inicial fechado para o cumprimento da pena e nega-se provimento ao recurso da defesa.

Pelo que se lê no trecho em destaque, **neste caso, está presente a apontada violação, pois o acusado é primário, confessou a prática delitiva e a pena-base foi estabelecida no mínimo legal** (fl. 234-235).

A justificativa deu-se, unicamente, devido à genérica periculosidade e à gravidade abstrata do delito, o que **não constitui fundamento idôneo para a imposição de regime inicial mais gravoso**, consoante disposto nos §§ 2º e 3º do art. 33 do Código Penal.

Esse, aliás, é o entendimento consolidado nas 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.

Exemplificativamente, confira-se o seguinte julgado desta Corte de Justiça:

[...]

8. O Tribunal local não apontou nenhum elemento dos autos (como o *modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, comprovasse a real exigência de fixação do

modo inicialmente mais gravoso.

9. O paciente, primário, sem registro de circunstância judicial desfavorável e condenado a 6 anos e 10 meses de reclusão, deve cumprir a pena em regime inicial semiaberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do CP.

10. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para, na terceira fase da dosimetria do crime de quadrilha ou bando (atual delito de associação criminosa), reduzir à metade o aumento de pena procedido em razão da majorante do parágrafo único do art. 288 do Código Penal, nos termos da Lei n. 12.850/2013, tornando a reprimenda do paciente definitivamente estabelecida em 6 anos e 10 meses de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto. (**HC n. 217.000/BA**, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 29/8/2016)

Dessa forma, o **réu primário**, sem registro de circunstância judicial desfavorável e condenado a **5 anos e 4 meses de reclusão**, deve cumprir a pena em regime inicial **semiaberto**, a teor do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do CP.

II. Execução imediata da pena

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.

III. 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, "c", parte final, do RISTJ, **dar provimento ao recurso especial**, a fim de **restabelecer o regime semiaberto** para o início do cumprimento da pena do recorrente **Peterson Luis Petroli**.

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

Publique-se e intímem-se.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

