RECURSO ESPECIAL Nº 1.791.532 - SP (2019/0011186-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE	:	MARCOS ANTONIO VIEIRA LOPES
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		DIOGO CESAR PERINO - DEFENSOR PÚBLICO - SP274029
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por MARCOS ANTONIO VIEIRA LOPES, com base na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por violação aos artigos 33, § 2º, alínea "c", e 44, ambos do Código Penal, objetivando a fixação do regime aberto, com a conseqüente substituição da pena corporal por restritiva de direitos, ao argumento de que os maus antecedentes, por si só, não justificam a fixação do regime semiaberto.

O Ministério Público do Estado de São Paulo ofereceu denúncia (e- STJ fls. 182/185), a qual foi recebida em 24/07/2017 (e-STJ fl. 189), em desfavor de Marco Antônio Vieira Lopes, imputando-lhe a prática do crime tipificado no art. 155, §§ 1º e 4º, incisos I e II, do CP, narrando, em suma, que, na data de 13/07/2017, por volta das 04h00, escalou o muro da residência de J. A. R. N., situada no município de Araçatuba/SP, e, com o emprego de uma barra de ferro, arrombou a janela de *blindex*, ocasião em que entrou na casa e subtraiu vários pertences, incluindo *notebook*, celulares, perfumes, dentre outros objetos.

O magistrado de primeiro grau julgou procedente a denúncia e condenou Marco Antônio Vieira Lopes (e-STJ fls. 369/375), em regime inicial semiaberto, à pena de 02 anos e 08 meses de prisão, e pagamento de 13 dias-multa, no valor mínimo, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade. A sentença foi publicada em 17/04/2018 (e-STJ fl. 377).

Em grau de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu parcial provimento ao apelo da defesa para afastar a causa de aumento de pena do repouso noturno, reduzindo a reprimenda para 02 anos de reclusão, mais 10 dias-multa, mantidas as demais cominações da sentença.

Nas razões do presente apelo nobre, a defesa aponta divergência jurisprudencial acerca da interpretação do art. 33, § 2º, alínea "c", e 44, ambos do Código Penal, sustentando a possibilidade de imposição do regime inicial aberto ao condenado. Cita o § 3º do artigo acima mencionado, que na fase sentencial de determinação do regime de pena deveria ser observado, além da não reincidência, sobretudo quando as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal indicarem a sua necessidade e suficiência. Afirma que esse é o fundamento do art. 33 do Código Penal, referindo que a reincidência não é fator determinante.

Requer, ao final, o conhecimento e provimento do recurso especial para se fixar o regime inicial aberto ao recorrente, bem como a substituição da pena corporal pela restritiva de direitos.

Contrarrazoada a insurgência (e-STJ, fls. 498/502), após o juízo prévio de admissibilidade, os autos ascenderam a este Superior Tribunal de Justiça.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, na condição de *custos legis*, ofertou parecer pelo desprovimento do inconformismo (e-STJ, fls. 514/518).

É o relatório.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, passa-se ao exame recursal.

Acerca do tema trazido à discussão no apelo nobre, assim restou assentado pela Corte *a quo*, *litteris*:

> *O regime imposto também deve ser mantido, tendo em vista os antecedentes criminais do apelante e sua condição de reincidente em crime doloso (certidões de fls.122 e fls.136). (e-STJ, fl. 221).*

Eis o teor da dosimetria da pena realizada pelo Juiz sentenciante e a fundamentação relativa à escolha do regime prisional:

> *Em primeira fase, observo que o réu possui maus antecedentes (fl. 209). Assim, fixo a pena-base em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa. Na segunda fase de aplicação da pena, não vislumbro a presença de agravantes. Observo que a confissão em juízo, autoriza a atenuação, razão pela qual torno a pena ao mínimo legal de 02 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa.*
> *Na terceira fase, aumento a pena em 1/3, em razão da prática do crime durante repouso noturno, totalizando 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 13 dias-multa. Não há nenhuma causa de diminuição da pena. Portanto, fixo a pena definitiva em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 13 dias-multa. Fixo o regime semiaberto para o início do cumprimento de pena, sopesando a quantidade de pena aplicada e os maus antecedentes, o que justifica o regime intermediário (fl. 209). Ademais, também em razão dos maus antecedentes, nos termos do artigo 44, inciso III do Código Penal, fica impossibilitada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Consigno, ainda, não ser cabível a suspensão condicional da pena, com fundamento no artigo 77, inciso II, do Código Penal. Posto isso, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a presente a acusação para condenar o acusado MARCO ANTÔNIO VIEIRA LOPES pela prática do crime tipificado no artigo 155, § 1º e § 4º, inciso II, do Código Penal, impondo, por isso, a pena privativa de liberdade de 02 (dois) anos e oito meses de reclusão e pagamento de 13 dias-multa, fixada a unidade do dia-multa no mínimo legal. Condeno-o, ainda, ao pagamento das custas e despesas processuais. O regime inicial para cumprimento de pena será o semiaberto, nos termos da fundamentação acima.*

Verifica-se, pois, que a instância de origem decidiu que os maus antecedentes do réu e sua condição de reincidente justificam a imposição do regime prisional mais gravoso, bem como impossibilitam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Sobre o assunto, este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que *"Configurada a reincidência e aplicada pena igual ou inferior a 4 anos de reclusão, poderá o condenado, desde o princípio, cumpri-la em regime fechado, se desfavorável qualquer das circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal."* (AgRg no AREsp 759.045/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 23/08/2017), o que se verificou na hipótese, circunstância que atrai, na espécie, a incidência do Enunciado n.º 83 da Súmula desta Corte.

A propósito:

> *HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. (I) BENS AVALIADOS EM R$ 290,80 (DUZENTOS E NOVENTA REAIS E OITENTA CENTAVOS). RÉ REINCIDENTE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. NÃO OCORRÊNCIA.*
> *(II) PENA-BASE TRÊS VEZES ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DESPROPORCIONALIDADE. (III) REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INVIABILIDADE. (IV) REGIME INICIAL. SÚMULA N. 269/STJ. INAPLICABILIDADE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS.*
> *(...)*
> ***8. Permanece o regime fechado para o início do cumprimento da sanção aplicada, pois, embora a pena imposta à paciente seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a reincidência da ré, somada à análise desfavorável da circunstância judicial relativa aos antecedentes, impede a aplicação do disposto no enunciado n. 269 da Súmula desta Casa. Precedentes.***
> *(HC 401.329/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017)*
>
> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO QUALIFICADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. SÚMULA 545/STJ. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. RÉU QUE REGISTRA APENAS UMA CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO A SER VALORADA NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. REGIME DE CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. RÉU REINCIDENTE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. SÚMULA STJ 440/STJ. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
> *(...)*
> *6. As referidas súmulas foram observadas pelo Tribunal a quo, porquanto* ***o regime fechado foi imposto com motivação idônea, devendo ser respeitado o regime legal dos §§ 2º e 3º do art. 33 do Código Penal. In casu, o acórdão ora impugnado considerou***

> ***desfavoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, por isso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal. Ademais, como o paciente é reincidente e a sanção corporal foi fixada em 1 ano e 2 meses de reclusão, faz ele jus ao regime inicial fechado de cumprimento de pena.***
> ***7. Não se infere qualquer desproporcionalidade na imposição do meio inicialmente mais gravoso para o desconto da reprimenda, pois, nada obstante ser a pena inferior a 4 anos de reclusão, os maus antecedentes do acusado implicaram majoração da pena-base, tendo, ainda, sido reconhecida a sua reincidência, não havendo se falar em negativa de vigência à Súmula 269/STJ.***
> *(HC 356.581/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 28/08/2017)*

Constata-se que o Tribunal local, ao decidir pela manutenção do regime prisional mais gravoso ao réu alinhou-se à jurisprudência desta Corte Superior de Justiça sobre o tema (súmula n. 83/STJ).

E a negativa de substituição da pena por restritivas de direitos encontra respaldo no art. 44, II, do Código Penal.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 255, § 4º, inciso II, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **nega-se provimento ao recurso especial**.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator