RECURSO ESPECIAL Nº 1.791.258 - SP (2019/0008359-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO	:	CHARLE GREISON DE OLIVEIRA PEREIRA
ADVOGADO	:	IAIR JOSÉ BUBMAN - DEFENSOR DATIVO - SP303194

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO QUALIFICADO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E VIOLAÇÃO DOS ARTS. 599 DO CPP E 33, § 2º, *C*, DO CP. ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. INADMISSIBILIDADE. TEMA QUE NÃO FOI DEBATIDO NA ORIGEM. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 356/STF. PLEITO DE EXASPERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. PROCEDÊNCIA. PENA DEFINITIVA ABAIXO DE 4 ANOS DE RECLUSÃO. CONSTATADA A REINCIDÊNCIA DO RECORRIDO. REGIME SEMIABERTO QUE SE IMPÕE.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo **Ministério Público de São Paulo**, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local na Apelação Criminal n. 0004988-65.2016.8.26.0079.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o recorrido à reprimenda corpórea de 2 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nas sanções dos arts. 155, § 4º, I, do Código Penal (fls. 136/141).

Inconformada com os termos do édito condenatório singular, a defesa interpôs recurso de apelação (fls. 153/156).

O Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao apelo defensivo, reduzindo a pena do recorrido a 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais pagamento de 11 dias-multa (fls. 185/190).

No presente recurso especial, além de ser indicada a presença de dissídio jurisprudencial, aponta o recorrente a violação dos arts. 599 do Código de Processo Penal; e 33, § 2º, *c*, do Código Penal, sob as seguintes teses: *se o apelo defensivo se limitou a pleitear a absolvição, descabe ao tribunal abrandar o regime inicial, sob pena de violação ao substantive due process of law, por ofensa ao princípio do contraditório,*

travestido em dialeticidade em matéria recursal. [...] *O condenado a pena privativa de liberdade igual ou inferior a 04 (quatro) anos, se reincidente, não pode iniciar seu cumprimento em regime aberto* (fl. 199).

Assevera, de início, que *o Tribunal a quo julgou de ofício, além dos limites da matéria impugnada na apelação.* [...] *Como é sabido, na apelação vigora o princípio do tantum devolutum quantum apelatum.* [...] *É dizer, a apelação devolve ao Poder Judiciário, submete ao respectivo órgão fracionário competente, a apreciação das seguintes matérias: i) cognoscível de ofício, v.g. nulidades absolutas, decadência e prescrição; e, ii) a matéria impugnada.* [...] *Dentro dos limites da matéria impugnada, o âmbito de apreciação pelo tribunal é amplo, nada obstando que, em recurso da defesa, conceda-lhe mais do que foi pedido. Porém, na hipótese dos autos, verifica-se que a defesa impugnou a prova, pleiteando a absolvição do Recorrido, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.* [...] *Nessas circunstâncias, dando provimento à apelação defensiva, o tribunal de origem poderia somente absolver o réu, por qualquer dos fundamentos expostos no artigo 386 do Código de Processo Penal, que digam respeito à prova.* [...] *Não lhe cabia, porém, sob pena de julgamento ultra e extra petita (jurisdição de ofício) e ofensa aos princípios da ação, do contraditório, da inércia da jurisdição, da correlação, da congruência ou equivalência, apreciar a legalidade e a adequação do regime inicial imposto* (fls. 206/207).

Reforça que *a regra processual é sábia, pelo que não cabe ao julgador atropelá-la ou suprimi-la. Cuida-se de regra de direito público, que compõe o chamado ius cogens. Evidentemente que se o apelo foi parcial, tal como se verificou na hipótese, as contrarrazões de apelação se limitaram a contrariar a matéria impugnada. É dizer, não houve contraditório sobre a questão apreciada e decidida pela Colenda Câmara Julgadora que, supondo distribuir justiça, atropelou comezinhos princípios de direito processual ínsitos à regra contida no artigo de lei federal a que negou vigência, esvaziando as cláusulas nela embutidas* (fl. 209).

Expõe, ainda, que *o v. acórdão, apesar de reconhecer expressamente a multirreincidência do acusado (fl. 189), elevando a pena base em 1/6, fixou o regime aberto para inicio do cumprimento da pena privativa de liberdade, de modo a contrariar*

o artigo 33, § 2°, "c", do Código Penal (fl. 210).

Ressalta que, *na situação dos autos, o recorrido é multirreincidente específico e reincidente específico (fls. 87 e 106), o que demonstra ter personalidade voltada ao crime contra o patrimônio, pelo que amplamente desfavoráveis as circunstâncias judiciais, impondo-se o restabelecimento do regime semiaberto, a teor do disposto no art. 33, caput, e § 2°, letra "c", do Código Penal* (fl. 211).

Pede o conhecimento e o provimento do recurso para que seja exasperado o regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade ao semiaberto.

Decorrido o prazo sem o oferecimento de contrarrazões (fl. 242), o recurso especial foi admitido na origem (fl. 249).

O Ministério Público Federal opina pelo conhecimento e provimento da insurgência recursal (fls. 259/266).

> RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 105, III, ALÍNEAS "A" E "C", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FURTO QUALIFICADO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL POSTULANDO O AGRAVAMENTO DO REGIME PRISIONAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA DEVOLUTIVIDADE. APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA QUE POSTULAVA TÃO SOMENTE A ABSOLVIÇÃO, TENDO O TRIBUNAL DE JUSTIÇA REFORMADO A PENA-BASE E FIXADO O REGIME ABERTO PARA O CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. MODIFICAÇÃO DE REGIME. CONQUANTO A PENA SEJA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO, TRATA-SE DE RÉU REINCIDENTE E QUE OSTENTA MAUS ANTECEDENTES, O QUE JUSTIFICARIA A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO NA SENTENÇA CONDENATÓRIA, NOS TERMOS DA JURISPRUDÊNCIA DESSA CORTE SUPERIOR, NÃO FOSSE O APELO MINISTERIAL LIMITADO À OBTENÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO.
> Parecer pelo conhecimento do Recurso Especial e, no mérito, pelo seu provimento para, reformando-se o acórdão recorrido, fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena.

É o relatório.

De início, quanto à suposta ofensa ao art. 599 do Código de Processo Penal, pela ocorrência de julgamento *extra petita*, ocorrido quando da prolação do julgamento da apelação, tem-se que a instância ordinária não fora suscitada a manifestar-se acerca do aludido vício por meio de embargos de declaração, carecendo assim do devido prequestionamento, nos termos da Súmula 356/STF.

A propósito:

> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PRELIMINAR. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. MÉRITO. VIOLAÇÃO DO ART. 599 DO CPP. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. INADMISSIBILIDADE. TEMA QUE NÃO FOI DEBATIDO NA ORIGEM. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.
> Agravo regimental improvido.
> (AgRg no REsp n. 1.525.276/RS, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 14/3/2016).

Melhor sorte assiste ao recorrente no que se refere ao pleito de exasperação do regime prisional.

Para elucidação do quanto postulado, extrai-se do combatido aresto o seguinte trecho (fls. 189/190 – grifo nosso):

> [...]
> No entanto, a **reincidência específica**, não permite a conversão por restritiva de direitos. **Entretanto, tendo servido de obstáculo a outro benefício, não pode impedir, a um só tempo, também o deferimento do aberto**. Depois, **o estabelecimento do regime inicial de execução compõe a resposta penal ao crime praticado, devendo ser tanto mais rigorosa, quanto mais severa a ofensa ao bem jurídico tutelado, ou mais reprovável a conduta do agente**. Sem a observância dessa proporcionalidade, a pena deixa de reafirmar o direito violado e passa a ser mera vingança pública contra o crime, o que de muito deixou de ser a finalidade do sistema jurídico-penal.
> Ademais, o princípio constitucional de individualização da pena deve sempre ser observado, sendo que a interpretação literal da norma penal, nesses casos, não é a mais adequada. Não se podem equiparar situações como a verificada nestes autos, com delitos de consequências bem mais graves para o ofendido, onde a segregação social se faz necessária.
> [...]

Tenho que o referido pleito comporta provimento, notadamente diante da constatada reincidência (específica) do recorrido, o que, por si só, justifica o regime inicial mais grave, obstando assim a fixação do regime aberto, conforme deferido no recorrido acórdão.

A propósito, colaciono recentes precedentes de ambas a Turmas que compões a Terceira Seção desta Corte de Justiça:

> PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. DOSIMETRIA. MAUS

ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO ATINGIDA PELO PRAZO DEPURADOR DE CINCO ANOS. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA INCREMENTO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE ACENTUADA. MAIOR GRAU DE CENSURA EVIDENCIADO. COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. **PACIENTE COM UMA CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO A SER SOPESADA NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. RÉU COM MAUS ANTECEDENTES. PENA INFERIOR A 4 ANOS. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. REINCIDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL**. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INCABÍVEL. POSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

7. **Em pese tenha sido imposta reprimenda inferior a 4 anos, tratando-se de réu reincidente e com circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal desfavoravelmente valoradas, não há falar em fixação do regime prisional aberto, por não restarem preenchidos os requisitos do art. 33, § 2º, "c", do Estatuto Repressor**.

[...]

9. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para que seja restabelecida a pena imposta ao paciente na sentença condenatória.

(HC n. 455.412/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 14/9/2018 – grifo nosso).

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INOCORRÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. **REGIME MAIS BRANDO. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA**. PROGRESSÃO DE REGIME. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Este Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que é possível a execução provisória da pena, prolatado o juízo condenatório por Tribunal de Apelação.

2. De acordo com a jurisprudência deste Tribunal Superior, a simples interposição de recursos especial ou extraordinário, sem a concessão de efeito suspensivo, não obsta a execução provisória da pena privativa de liberdade. Precedentes.

3. **Correta a fixação de regime inicial semiaberto para réu reincidente cuja pena é inferior a 4 anos, nos termos do art. 33, §§1º e 2º, b, e § 3º**.

4. A matéria referente à progressão de regime não foi examinada pelo Tribunal de 2º Grau, não podendo esta Corte Superior apreciá-la, diretamente, sob pena de indevida supressão de instância.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 426.076/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 12/9/2018 – grifo nosso).

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, I e III, do RISTJ, **conheço parcialmente** do recurso especial e, nessa extensão, **dou**-lhe **provimento** para

fixar o regime inicial semiaberto em relação ao cumprimento da pena imposta ao recorrido.

Publique-se.

Brasília, 03 de abril de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator