RECURSO ESPECIAL Nº 1.804.238 - SP (2019/0084198-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
RECORRENTE	:	DIOGO DOS SANTOS CASTRO (PRESO)
ADVOGADOS	:	MÁRIO DEL CISTIA FILHO - SP065660
		DANIELLI DEL CISTIA - SP272850
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO. DISSÍDIO EM HC. INVIÁVEL. ABRANDAMENTO DE REGIME. POSSIBILIDADE. REGIME SEMIABERTO. SÚMULAS. 286/STJ E 568/STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NA EXTENSÃO, PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **DIOGO DOS SANTOS CASTRO**, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição da República, contra o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 175):

> *"Roubo simples Recurso defensivo requerendo absolvição por insuficiência de provas, e subsidiariamente, a desclassificação do crime para a sua modalidade tentada, diminuindo a pena em seu grau máximo, e a fixação de regime diverso do fechado para o início de cumprimento da pena imposta Provas francamente incriminadoras, dando conta da prática delitiva pelo réu, com base nas declarações da vítima, no depoimento do policial militar e na própria confissão judicial do apelante Crime consumado, pois houve a inversão da posse da res furtiva - Penas e regime inicial fechado fixados com critério Negado provimento."*

Nas razões do recurso especial, a Defesa sustenta, além da divergência jurisprudencial, a violação aos artigos 33, §2º, alínea **b**, e §3º e 59, ambos do Código Penal, ao argumento de que foi fixado o regime mais gravoso que o permitido. Aponta as Súmulas 718 e 719, ambas do STF.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 199-204), o recurso foi admitido na origem e os autos ascenderam a esta eg. Corte de Justiça.

O Ministério Público Federal apresentou parecer pelo **desprovimento** do recurso especial (fls. 217-220).

É o relatório.

Decido.

O recurso merece prosperar parcialmente.

Consta dos autos que a parte recorrente foi condenada às penas de **04 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e de pagamento de 10 (dez) dias-multa**, pela prática do delito previsto no art. 157, **caput**, do Código Penal.

Em segunda instância, o eg. Tribunal **a quo** negou provimento ao apelo interposto pelo ora recorrente.

Sobreveio o presente recurso especial, no qual, consoante relatado, pretende-se o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena.

Pois bem.

De início, a jurisprudência dessa eg. Corte é pacífica no sentido de que não se prestam para o conhecimento do apelo nobre com fulcro no art. 105, III, alínea **c**, da Constituição Federal, os julgamentos proferidos em mandado de segurança e **habeas corpus**, os quais têm um âmbito cognitivo muito mais amplo do que o recurso especial, destinado exclusivamente à uniformização da interpretação da legislação federal.

In casu, o recorrente utilizou como paradigma, acórdão proferido em **habeas corpus**, inservível no caso como comprovação de divergência jurisprudencial.

Acerca da **quaestio** e à guisa de exemplo, colaciono o seguinte precedente:

> *"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.*

PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TENTATIVA DE HOMICÍDIO PARA LESÃO CORPORAL LEVE. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS VIOLADOS. SÚMULA 284/STF. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 76, III, E 78, I, AMBOS DO CPP. RECONHECIMENTO DE CONEXÃO ENTRE PROCESSOS. REANÁLISE. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. (I) - ART. 255/RISTJ. INOBSERVÂNCIA. (II) - ACÓRDÃO PARADIGMA PROFERIDO EM HABEAS CORPUS AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

4. "A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é pacífica quanto à impossibilidade de acórdão proferido em sede de habeas corpus, mandado de segurança e recurso ordinário servir de paradigma para fins de alegado dissídio jurisprudencial, ainda que se trate de dissídio notório, eis que os remédios constitucionais não guardam o mesmo objeto/natureza e a mesma extensão material almejados no recurso especial". (AgRg nos EREsp 998.249/RS, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 21/09/2012).

5. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no AREsp 696.868/MG, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 26/8/2015).

Lado outro, quanto à fixação do regime prisional, asseverou a Corte de origem (fls. 181-183, destaquei):

"As penas foram criteriosamente fixadas, atendendo ao critério da reprovabilidade e suficiência na apenação.

A pena-base foi fixada no mínimo legal e tornou-se definitiva, diante da impossibilidade de qualquer modificação nas fases subsequentes, mesmo porque a Súmula 231, STJ veda a sua diminuição aquém do mínimo legal em razão do reconhecimento da confissão espontânea.

[...]

***Por ser o crime de roubo de extrema gravidade, que gera imenso desassossego na sociedade, o que denota a atividade criminosa, e demonstra a periculosidade do réu, mostra-se adequado o regime inicial fechado para o cumprimento da pena**.*

[...]

*Acrescente-se **ainda que o regime mais severo melhor atende a finalidade da pena, ou seja, possibilitando de modo mais efetivo alcançar o caráter especial negativo da pena**, que justamente consiste na intimidação do réu para que não volte a delinquir, evitando-se, consequentemente, a prática de novos delitos, reafirmando assim a existência e eficiência do Direito Penal*

o que, neste prisma, confirma o seu caráter geral positivo, outra finalidade que a pena visa estabelecer.

Em face dos argumentos acima elencados, a r. sentença acertadamente condenou o apelante pela prática do crime de roubo simples, devendo ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Por oportuno, destaco trechos da r. sentença condenatória (fl. 111, grifei):

Passo, então, a dosimetria da pena. Atendendo às disposições constantes do artigo 59, do Código Penal, ***fixo a pena-base em 04 (quatro) anos de reclusão****, tornando-a definitiva neste patamar, posto que ausentes outras circunstâncias ou causas que permitam a sua modificação. Deixo de alterar a pena na segunda fase, pois* ***compensada a reincidência com a confissão****. Adotado o mesmo critério supra, fixo a penalidade pecuniária em 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, incidente a atualização monetária. Em razão de o delito ter sido praticado com emprego de grave ameaça à pessoa e reincidência, o réu não faz jus a qualquer benefício (artigos 44 c 77, ambos do Código Penal). Ante o exposto, e considerando o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE a ação penal e, em consequência, CONDENO o réu DIOGO DOS SANTOS CASTRO, qualificado nos autos, à pena privativa de liberdade de 04 (quatro) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, incidente atualização monetária, como incurso no 157, caput, do Código Penal.* ***O regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade será o fechado, em função da reincidência e da gravidade do crime****, marcado pelo emprego de grave ameaça à pessoa, que demonstra periculosidade."*

Insta consignar que uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação igual ou inferior a 4 (quatro) anos, bem como a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional aberto.

Ainda, conforme o teor da **Súmula n. 269/STJ**, o réu reincidente condenado a pena igual ou inferior à 4 (quatro) anos e que tenha circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, poderá iniciar o cumprimento da reprimenda em **regime semiaberto, in verbis**: *"É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais."*

Verifico, **in casu**, que o regime inicial fechado foi mantido com base no fato de o crime ter sido cometido com grave ameaça à pessoa, fundamento que, nos termos do atual entendimento adotado por este eg. STJ, é insuficiente para a determinação do regime mais gravoso. No entanto, embora pena-base não ultrapasse o mínimo legal e tenha sido fixada em 04 (quatro) anos, o réu é reincidente, faz jus, portanto, ao **regime semiaberto**, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea **b**, e 3º, do Código Penal.

A propósito:

> *"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL. ART. 387, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. RECORRENTE REINCIDENTE. SÚMULA N. 269 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. REGIME INICIAL ABERTO DESCABIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> *[...]*
>
> *2. No caso em tela, o regime inicial semiaberto foi imposto em razão da reincidência, conforme Súmula n. 269/STJ, pois irrelevante o fato da pena a cumprir ser inferior a 4 anos.*
>
> *3. Agravo regimental desprovido."* (AgRg no REsp 1719328/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe 19/02/2019).
>
> *"RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. RÉU REINCIDENTE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. ADEQUAÇÃO.*
>
> *I. Hipótese em que a instância de origem decidiu que o recorrido reincidente cuja pena foi fixada em 6 anos de reclusão fazia jus ao regime semiaberto para o início de resgate da reprimenda corporal.*
>
> *II. Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o réu reincidente, condenado à pena igual ou inferior 4 anos, e que ostente circunstâncias judiciais favoráveis, poderá iniciar o cumprimento da reprimenda em regime semiaberto, conforme enuncia a Súmula n. 269/STJ.*
>
> *III. Inadequação do regime intermediário para o início do cumprimento da reprimenda.*
>
> *IV. Recurso provido."* (REsp 1717027/RJ, **Quinta**

Turma, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 31/08/2018).

> *"PENAL. ROUBO. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME SEMIABERTO. SÚMULA 269/STJ.*
>
> *1. No caso dos autos, ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis e compensada a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, a pena foi fixada em 4 anos, sendo adequado o regime prisional intermediário, nos moldes da Súmula 269/STJ.*
>
> *2. Agravo regimental a que se nega provimento."* (AgRg no REsp 1655517/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Antonio Saldanha Palheiro**,DJe 30/05/2017).

Dessa feita, estando o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal **a quo** em **desconformidade** com o entendimento desta Corte de Justiça quanto ao tema, incide, no caso o enunciado da Súmula n. 568/STJ, **in verbis**: "*O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema*."

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, I e III, do Regimento Interno do STJ, **conheço em parte** do recurso especial e, nessa extensão, **dou-lhe provimento** para fixar o **regime inicial semiaberto** para o desconto da reprimenda.

P. e I.

Brasília (DF), 05 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator