RECURSO ESPECIAL Nº 1.804.665 - PR (2019/0087751-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ
RECORRIDO	:	IDEMAR MAHL RODRIGUES
ADVOGADO	:	HERLON KAWAMURA PINTO - PR062759

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal, em desfavor de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Consta dos autos que o recorrido foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 171, *caput*, do Código Penal (estelionato), à pena de 03 (três) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 140 (cento e quarenta) dias-multa.

Irresignada a parte e interposto recurso, restou este parcialmente provido e, *ex officio*, alterado o regime inicial para semiaberto.

O acórdão restou assim ementado:

> *APELAÇÃO CRIME - ESTELIONATO (ART. 171, CAPUT DO CÓDIGO PENAL) - RECURSO DA DEFESA - PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO - CARÊNCIA PROBATÓRIA - NÃO ACOLHIMENTO - MATERIALIDADE E AUTORIA SATISFATORIAMENTE DEMONSTRADAS - RÉU QUE NEGA TER NEGOCIADO O VEÍCULO COM A VÍTIMA, - DOCUMENTO DE AUTORIZAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA EM SEU FAVOR - PAGAMENTO COM UM CHEQUE QUE RETORNOU PORQUE SUSTADO EM VIRTUDE DE FURTO OU ROUBO - ÁLIBE FRÁGIL - VERSÃO ISOLADA NOS AUTOS - INVEROSSIMILHANÇA - RECONHECIMENTO DO INCULPADO PELA VÍTIMA NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO - VALOR PROBANTE VALOROSO - CONDENAÇÃO DE RIGOR - ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O SEMIABERTO, EX OFFICIO - VEDAÇÃO DA FIXAÇÃO PER SALTUM - ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AO DEFENSOR NOMEADO PARA APRESENTAR O ARRAZOADO - CABIMENTO.*
>
> *I - Impossível acolher a tese absolutória quando a materialidade e a autoria do crime de estelionato estão fartamente comprovadas nos autos e o álibi apresentado pelo inculpado não elide sua responsabilidade.*

II - Se o Superior Tribunal de Justiça, pela Súmula 491, não admite a progressão per saltum do regime de cumprimento de pena, é possível inferir que a sua fixação, nessa modalidade, também é inaceitável, razão pela qual altera-se o regime para o semiaberto, ex afficio, com o fito de afastar o constrangimento ilegal. RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO E, EX OFFICIO, ALTERAR O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O SEMIABERTO.

Opostos embargos de declaração, restaram rejeitados.

Na petição de recurso especial, O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ aponta violação ao disposto no art. 33, § § 2º e 3º, do Código Penal. Sustenta, em síntese, a fixação do regime inicial fechado, em razão da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis e da reincidência.

Contrarrazões às fls. 636/640.

Admitido o recurso (fls. 644/648), os autos vieram a esta Corte.

Parecer ministerial pugnando pelo provimento do recurso (fls. 665/669).

É o relatório. Decido.

O recurso merece provimento.

Na sentença condenatória restou fixado o regime inicial fechado, mediante seguinte fundamentação (fl. 438):

Fixo o regime FECHADO para o cumprimento da pena, tendo em vista se tratar de réu reincidente e diante da análise negativa dos principais fatores de aferição do art. 59, do CP. conforme o disposto no artigo 33, parágrafo 2º, alínea "b", e § 3°, do Código Penal, e a contrario sensu da Súmula 269/STJ.

Todavia, o Tribunal de origem, de ofício, alterou o regime prisional para o semiaberto, nos seguintes termos (fls. 557/558):

Conquanto na primeira fase dosimétrica tenham sido aquilatadas 03 (três) circunstâncias judicias desfavoráveis ao réu e configurada a reincidência na pena provisória, o estabelecimento do fechado como regime inicial de cumprimento de pena não se revela juridicamente razoável.

Levando-se em conta exclusivamente o critério quantitativo, a pena em questão dever-se-ia ser cumprida no regime aberto (art. 33, § 2°, a do Código Penal.

Contudo, como bem observou o juiz a quo, além das

circunstâncias judiciais desfavoráveis ao increpado, há a reincidência.

Porém, tais fatores chancelam a condução do regime de cumprimento de pena para o subsequente, qual seja: o semiaberto, não se revelando proporcional, porém, saltar direto para o fechado.

O entendimento do Tribunal *a quo* destoa da jurisprudência desta Corte Superior que é firme no sentido de que se torna inviável a fixação de regime prisional diverso do fechado, quando presente circunstância judicial desfavorável e a reincidência do agente.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO E CORRUPÇÃO MENORES. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR VIOLAÇÃO AO ART. 383, DO CPP. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME FECHADO. ADEQUADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL E REINCIDÊNCIA (ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CP). WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

IV - Considerando-se apenas o quantum de pena aplicado (3 anos, 8 meses e 27 dias de reclusão), o regime poderia, em princípio, ser o aberto. ***Todavia, não se pode olvidar a existência de circunstância desfavorável que foi considerada na dosimetria da pena, na primeira fase, para fixar a pena-base acima do mínimo legal e a reincidência ostentada pelo paciente. Assim, inviável a fixação de regime diverso do fechado unicamente em razão do montante de pena imposto ao paciente, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.*** *Habeas corpus não conhecido. (HC 488.621/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/02/2019, DJe 26/02/2019 - Grifo Nosso).*

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. ROUBOS DUPLAMENTE MAJORADOS EM CONCURSO FORMAL (SETE VEZES). DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MODUS OPERANDI. TERCEIRA FASE. CONCURSO FORMAL PRÓPRIO RECONHECIDO NA ORIGEM. FRAÇÃO DE AUMENTO EM RAZÃO DO CONCURSO FORMAL. NÚMERO DE DELITOS COMETIDOS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. DETRAÇÃO. AINDA QUE APLICADA, NÃO ALTERARIA A MODALIDADE FIXADA PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. REGIME MAIS GRAVOSO APLICADO COM BASE NA REINCIDÊNCIA E EM CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL

DESFAVORÁVEL. IRRELEVÂNCIA DO EVENTUAL APROVEITAMENTO DO TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

- Contudo, na hipótese, mantida a reprimenda definitiva no patamar em que aplicada na origem, e considerando a reincidência do paciente e a presença de circunstância judicial desfavorável, impõe-se a fixação do regime inicialmente fechado, *que permaneceria sendo o adequado ainda que se procedesse à detração do tempo de prisão cautelar cumprido pelo paciente. Assim, é irrelevante a concessão da ordem, de ofício, para determinar que a instância a quo considere o cômputo da detração. - Habeas corpus não conhecido. (HC 475.974/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 19/02/2019)*

Ante o exposto, com fundamento na Súmula n. 568/STJ, dou provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença penal condenatória, fixando-se o regime inicial fechado.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator