RECURSO ESPECIAL Nº 1.806.172 - SP (2019/0097573-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
RECORRENTE	:	PAULO JOSE DIAS JUNIOR
ADVOGADOS	:	VIVIAN MARIA LOPES - DEFENSORA PÚBLICA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. ROUBO SIMPLES. VIOLAÇÃO DO ART. 33, § 2º, *C*, DO CP. SUPOSTA ILEGALIDADE NA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. PROCEDÊNCIA. PENA INFERIOR A 4 ANOS. RÉU PRIMÁRIO, COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. REGIME SEMIABERTO CALCADO EM FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MODIFICAÇÃO.

Recurso especial provido a fim de fixar o regime aberto para o cumprimento da pena (Ação Penal n. 0108659-02.2013.8.26.0050, 10ª Vara Criminal da comarca de de São Paulo/SP).

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **Paulo José Dias Júnior**, fundado no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que, no julgamento da Apelação Criminal n. 0108659-02.2013.8.26.0050, manteve o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade de 4 anos de reclusão. Eis a ementa do acórdão (fl. 113):

> APELAÇÃO CRIMINAL - Roubo simples - Regime aberto - Descabimento - Apelo improvido.

Nas razões, a defesa do recorrente suscitou violação do art. 33, § 2º, *c*, do Código Penal, aduzindo que o regime inicial semiaberto está calcado em fundamentação inidônea, sendo de rigor a fixação do regime aberto, ante o patamar da pena e a primariedade do recorrente (fls. 141/150).

Na origem, o recurso foi admitido (fls. 169/170).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso (fl. 180):

> RECURSO ESPECIAL. ROUBO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 33, §2º, "C" DO CP. INOCORRÊNCIA. PENA IGUAL A 4 ANOS. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA

> DA CONDUTA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PARECER PELO CONHECIMENTO E PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO.
>
> – Consoante assente entendimento deste Tribunal Superior, a imposição de regime mais gravoso que o correspondente à pena aplicada (art. 33, §2º do CP), exige fundamentação concreta, não bastando, para maior rigor na fixação do regime, a mera consideração da gravidade do crime em abstrato pelo julgador, conforme dispõem os Enunciados 718 e 719 da Corte Suprema e do Enunciado 440 da Súmula do STJ.
>
> – Segundo essa Augusta Corte Superior, mesmo tendo o édito condenatório fixado a pena-base no mínimo legal e a reprimenda definitiva em 4 anos de reclusão, não há ilegalidade na determinação do regime inicial semiaberto no caso em comento, haja vista que lastreado nos elementos objetivos e fáticos do caso (gravidade concreta do delito e periculosidade do agente), evidenciando, portanto que o decisum não considerou a gravidade abstrata do delito.
>
> – Parecer pelo conhecimento e desprovimento do recurso especial.

É o relatório.

A irresignação merece acolhida.

Extrai-se dos autos que a pena imposta ao recorrente foi fixada em **4 anos**, inexistindo circunstância judicial negativa valorada na primeira fase (**pena-base no mínimo legal**). Confira-se (fls. 65/66):

> [...]
>
> Passo à dosagem da pena. Cuida-se de réu primário e sem antecedentes criminais. Fixo a pena-base em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa, no valor unitário mínimo. A confissão não será sopesada na aplicação da pena pelo disposto na Súmula 231, do STJ. Sem mais, torno a pena definitiva.
>
> [...]

Tais circunstâncias, aliadas à **condição de réu primário**, implicam a possibilidade de fixação de regime aberto, nos termos do art. 33, § 2º, *c*, do Código Penal.

Nesse sentido, confira-se:

> [...]
>
> 5. Estabelecida a reprimenda final em 1 ano e 8 meses de reclusão, verificada a primariedade do agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime inicial aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.
>
> [...]
>
> (HC n. 438.845/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 1º/8/2018)

Ocorre que, no caso, o Magistrado fixou regime mais gravoso (semiaberto),

com base nas circunstâncias do crime, perpetrado mediante **simulação de porte de arma e em local ermo** (fl. 131):

> [...]
> O regime inicial de cumprimento de pena será o semi aberto porque, embora não tenha agido com emprego de arma, mandou que a vítima descesse do veículo, segundo ela, exibindo um objeto metálico que pensou ser uma arma. Ademais, o crime foi cometido em local ermo porque de madrugada o que facilita ação criminógena.
> [...]

A Corte de origem, por sua vez, manteve o regime estipulado na sentença, com base na gravidade abstrata do delito (fl. 114):

> [...]
> A pretensão recursal não merece acolhida.
> Impossível a fixação do regime aberto aos autores de roubo. Aliás, o apelante foi agraciado, pois fixado o regime semiaberto para inicio de cumprimento da pena, quando assentado nesta Câmara que o regime inicial fechado é o mais adequado para os crimes de roubos, pois tais delitos, em razão do estado de intranquilidade e insegurança que têm trazido à sociedade, merecem maior rigor e censurabilidade, como forma de desestimular que seus autores cometam novas infrações.
> Com efeito, somente o regime fechado mostra-se suficiente para a prevenção da prática de crimes e reprovação de conduta criminosa, aspectos que norteiam também 1P a fixação do regime prisional, art. 59, inc. III, do Código Penal.
> Assim, inexiste qualquer ilegalidade em se fixar o regime mais gravoso para inicio do cumprimento da privativa de liberdade, não causando ofensa às Súmulas 718 e 719, do E. STF e 440, do STJ, uma vez que os fatos e circunstâncias do caso em concreto não recomendam a adoção de regime prisional mais brando, sobretudo para não criar afrouxamento excessivo e intolerável estimulo ao criminoso, fazendo crescer em seu espirito a equivocada sensação de ilusória impunidade.
> [...]

Tais circunstâncias, no entanto, não justificam o agravamento do regime, pois **não evidenciam nenhuma gravidade concreta além daquela própria ao crime de roubo**, razão pela qual deve ser fixado o regime aberto para o cumprimento da pena.

Nesse sentido, destaco:

> [...]
> 2. De acordo com a Súmula 440/STJ, "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". De igual modo, as Súmulas 718 e 719 do STF, prelecionam, respectivamente, que "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" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo

> do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".
> [...]
> (HC n. 434.263/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 22/5/2018)
>
> [...]
> 4. Hipótese em que o regime inicial mais gravoso foi fundamentado apenas na gravidade abstrata do crime de associação para o tráfico de drogas.
> 5. O *quantum* da condenação, inferior a 4 anos, a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto, conforme art. 33, § 2º, alínea c, do CP, além da substituição por restritivas de direitos.
> [...]
> (HC n. 437.290/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 8/5/2018)

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso especial a fim de fixar o regime aberto para o cumprimento da pena (Ação Penal n. 0108659-02.2013.8.26.0050, 10ª Vara Criminal da comarca de de São Paulo/SP).

Publique-se.

Brasília, 12 de abril de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator