RECURSO ESPECIAL Nº 1.793.887 - SP (2019/0029328-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
RECORRENTE	:	HAMILTON CARDOZO DA SILVA (PRESO)
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO SERGIO ANDRÉ WEISE CHINEZ - DEFENSOR PÚBLICO - SP311051
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 33, § 2º E § 3º; E 59, AMBOS DO CP. PEDIDO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. PRIMARIEDADE. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. PENA-BASE ESTIPULADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SÚMULAS 718 E 719/STF. SÚMULA 440/STJ. PENA DEFINITIVA ESTIPULADA EM 5 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, B, DO CP. REGIME SEMIABERTO QUE SE IMPÕE.
Recurso especial provido.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **Hamilton Cardozo da Silva**, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Criminal n. 0009114-56.2013.8.26.0050.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau, na sentença de fls. 131/147, condenou o recorrente, como incurso nas iras do art. 157, § 2º, II, do Código Penal, às reprimendas de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 13 dias-multa.

Inconformada com os termos do édito condenatório singular, a defesa interpôs recurso de apelação (fls. 157/167).

O Tribunal *a quo* negou provimento ao apelo defensivo (fls. 251/257).

No recurso especial, sustenta-se que houve a violação dos arts. 33, § 2º e § 3º; e 59, ambos do Código Penal, pela alegação de inidoneidade na fixação do regime prisional mais gravoso.

Observa o recorrente que *três são os requisitos a serem observados para a*

determinação do regime inicial de cumprimento da reprimenda - quantidade da pena, reincidência e circunstâncias do art. 59 - há que se concluir que, sendo o condenado primário, cuja pena seja igual ou inferior a OITO anos, militando favoravelmente a ele todas as circunstâncias judiciais, a menos que se justifique a imposição de regime mais gravoso de modo idôneo, deve ser fixado o semiaberto, conforme artigo 33, § 2° e § 3°, do Código Penal. [...] *Cumpre destacar que tanto são favoráveis as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal que no presente feito a pena-base foi fixada em patamar mínimo* (fl. 264).

Reforça que, *favoráveis as circunstâncias judiciais, sem que se apresente qualquer justificativa idônea, o réu condenado a pena inferior a OITO ANOS de reclusão deve cumpri-la, desde logo, em regime inicial SEMIABERTO, conforme artigo 33, § 2º, c, do Código Penal* (fl. 266).

Pede o recorrente o conhecimento e provimento do recurso para que seja abrandado o regime prisional ao semiaberto.

Oferecidas contrarrazões (fls. 280/289), o recurso especial foi admitido na origem (fl. 292).

O Ministério Público Federal opina pelo provimento da insurgência (fls. 303/305).

> RESP. PENAL. ROUBO MAJORADO. REGIME PRISIONAL. ART. 59 DO CP. ART. 33, § 2º e § 3º, DO CP. SÚMULA Nº 440/STJ.
> - Estabelecida 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" (Súmula nº 440/STJ).
> - Parecer pelo provimento do recurso especial.

É o relatório.

Razão assiste ao recorrente.

Para elucidação do quanto pleiteado no presente recurso, extrai-se o seguinte trecho do recorrido acórdão (fl. 257 – grifo nosso):

> [...]
> **Fixada a pena-base no mínimo legal**, na terceira fase, diante da causa de

> aumento reconhecida, adequado o acréscimo mínimo de 1/3 (um terço) aplicado às penas.
>
> **O regime prisional fechado é o único aplicável à espécie, dados os contornos de gravidade diferenciada do crime de roubo praticado em comparsaria. É certo que a angústia difusa e o sentimento generalizado de insegurança provocados pela criminalidade patrimonial violenta, cuja taxa real de há muito extrapassou os limites da tolerabilidade social, reclamam tratamento mais rigoroso, que o Judiciário não pode olvidar**.
>
> [...]

Pela leitura do excerto acima transcrito, verifica-se que foram utilizados fundamentos abstratos e genéricos na fixação do regime de cumprimento de pena mais grave, sem a colação de dados atinentes ao caso em concreto, que tivessem a robustez necessária aptas a justificar tal gravame.

Destaca-se, ainda, que todas as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis ao recorrente, sendo fixadas, pelas instâncias ordinárias, as penas-base do crime de roubo no mínimo legal (4 anos de reclusão e 10 dias-multa) – (fls. 144/145 e 257).

Sendo assim, não há fundamento para dar lastro à imposição de regime prisional mais severo do que permitido pelo *quantum* da pena, *ex vi* da Súmula 440/STJ.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. **PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME PRISIONAL. GRAVIDADE GENÉRICA DO CRIME. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. SÚMULA 440 DO STJ**. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.
>
> 1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.
>
> 2. **Para a exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea. Súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça**.
>
> 3. **Hipótese em que o Juiz de primeiro grau considerou, para fins de regime prisional, favoráveis as circunstâncias judiciais, fixando o intermediário. Contudo, o Tribunal de origem estabeleceu o regime fechado sem apresentar motivação idônea. Assentou a gravidade genérica do delito, bem como o entendimento, reiteradamente rechaçado por esta Corte, de que em casos de crime de roubo deve sempre ser imposto o regime fechado**.
>
> 4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de garantir o início do cumprimento da pena em regime semiaberto.
>
> (HC n. 331.754/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma,

DJe 13/11/2015 – grifo nosso).

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO PELO USO DE ARMA DE FOGO, CONCURSO DE PESSOAS. E RESTRIÇÃO À LIBERDADE DA VÍTIMA. **REGIME INICIAL FECHADO. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONCEDIDO O MODO SEMIABERTO**. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
>
> 1. **O Tribunal de origem não logrou êxito em demonstrar a necessidade de manutenção do regime inicial fechado. Dessa forma, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 8 anos, cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, faz jus o paciente ao regime semiaberto, em coerência com a orientação firmada nas Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF e, conforme dispõe o art. 33, § 2º, alínea "b" e § 3º, do Código Penal**.
>
> 2. Agravo regimental improvido.
>
> (AgRg no HC n. 413.416/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 24/11/2017 – grifo nosso).

Dessa forma, fixada a pena-base no mínimo legal (4 anos – art. 157 do Código Penal) e não ostentando o recorrente antecedentes criminais, é descabida a fixação de regime mais gravoso sem a existência de fundamentação idônea, nos termos das referidas súmulas.

No caso, verifica-se patente a ilegitimidade na fixação do regime inicial fechado.

Por conseguinte, levando-se em consideração as penas definitivas cominadas ao recorrente (5 anos e 4 meses de reclusão, mais pagamento de 13 dias-multa), é possibilitada a imposição do regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

A corroborar:

> *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. **ROUBO MAJORADO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. DESCABIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE**. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
>
> [...]
>
> II - **A jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal, em relação ao regime de cumprimento da prisão, é uniforme no sentido de 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" (Súmula 718/STF), e que "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea" (Súmula 719/STF)**.
>
> III - **"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" (Súmula n. 440/STJ)**.
>
> IV - **Na hipótese, verifica-se que o regime inicial fechado foi determinado tão somente com base na majorante do emprego de arma de fogo e na gravidade abstrata do delito, não tendo sido apresentado fundamento concreto para imposição de regime mais gravoso do que o cabível em razão do quantum de pena aplicado**.
>
> V - **Desse modo, sendo os réus primários, fixadas as penas-base no mínimo legal e considerada como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime inicial semiaberto mostra-se mais adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea *b*, do Código Penal**.
>
> *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para estabelecer o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena dos pacientes, mantidos os demais termos da condenação.
>
> (HC n. 442.914/RJ, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 8/5/2018 – grifo nosso).

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, **dou provimento** ao recurso especial para abrandar o regime inicial do recorrente ao semiaberto.

Publique-se.

Brasília, 16 de abril de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator