AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.396.768 - SP (2018/0300647-6)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
AGRAVANTE	:	RAUL ROJAS FERREIRA DA SILVA
ADVOGADOS	:	FERNANDA COSTA HUESO - DEFENSORA PÚBLICA - SP238066 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. RECEPTAÇÃO. PENA FIXADA ABAIXO DE 4 (QUATRO) ANOS. RÉU REINCIDENTE. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. LEGALIDADE. SÚMULA N.º 269 DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por RAUL ROJAS FERREIRA DA SILVA contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que inadmitiu recurso especial interposto com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional (Apelação n.º 0001423-49.2017.8.26.005).

Consta dos autos que o Juiz de primeiro condenou o Agravante às penas de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 11 (onze) dias-multa, como incurso no art. 180, *caput*, do Código Penal (fls. 148-152).

Irresignada, a Defesa interpôs apelação, à qual a Corte de origem negou provimento, nos termos da seguinte ementa (fl. 212):

> *"APELAÇÃO CRIMINAL - RECEPTAÇÃO - ABSOLVIÇÃO DIANTE DA FRAGILIDADE DAS PROVAS OU AUSÊNCIA DE DOLO - SUBSIDIARIAMENTE, A DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA A MODALIDADE CULPOSA, REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO POR ALTERNATIVAS - IMPOSSIBILIDADE - PROVAS SUFICIENTES PARA ESCORAR A CONDENAÇÃO - A ESCUSA APRESENTADA NÃO PODERIA MESMO VINGAR, POIS NENHUMA PROVA FEZ DA AQUISIÇÃO LÍCITA - AFIRMAÇÃO SIMPLÓRIA DE QUE ADQUIRIU O CELULAR POR PREÇO MÓDICO EM FEIRA 'DO ROLO' - DOLO DEDUZIDO DAS CIRCUNSTÂNCIAS - DESCLASSIFICAÇÃO AFASTADA - PENA*

DOSADA COM CRITÉRIO - A REINCIDÊNCIA AFASTA BENEFÍCIOS E JUSTIFICA O REGIME INTERMEDIÁRIO - RECURSO DESPROVIDO, COM EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO, ESGOTADAS AS IMPUGNAÇÕES ORDINÁRIAS NESTA CORTE DE JUSTIÇA."

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 258-262).

Alega o Agravante, nas razões do apelo nobre, afronta aos arts. 33, §§ 2.º e 3.º, e 44, § 3.º, do Código Penal.

Sustenta que, em sendo as circunstâncias judiciais favoráveis e levando em consideração o *quantum* da pena imposta – que é inferior a 4 (quatro) anos de reclusão –, a reincidência, por si só, não é fundamento válido para a fixação do regime inicial semiaberto.

Aduz que o crime – receptação – não foi cometido com violência ou grave ameaça, não foi demonstrada a periculosidade do Agente, nem há falar em gravidade inerente ao tipo penal, a justificar o estabelecimento de regime inicial mais gravoso que o aberto.

Pondera que estão presentes, na espécie, todos os requisitos necessários à substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, por ser medida socialmente recomendável e possibilitar a ressocialização do Infrator.

Contrarrazões às fls. 287-295. Inadmitido o recurso na origem (fls. 309-310), adveio o presente agravo (fls. 319-331).

O Ministério Público Federal manifestou-se à fls. 354-355, opinando pelo desprovimento do agravo.

É o relatório.

Decido.

A sentença de primeiro grau, na parte que interessa, está calcada nas seguintes razões de decidir (fl. 151; sem grifos no original):

*"F**ixo o regime semi-aberto** para desconto inicial da pena corporal, **tratando-se de acionado reincidente**, não se mostrando suficiente e adequado, a reprimir o desvio de conduta, o estabelecimento do regime mais benéfico (aberto), tampouco as circunstâncias judiciais se mostrando manifestamente desfavoráveis a ponto de exigir o regime mais gravoso (fechado), **na esteira do entendimento encerrado na súmula nº 269, do STJ**.*

> [...]
>
> *Por fim, ao cabo, e de saída,* ***tratando-se de réu reincidente****,* ***não há espaço para conferimento de benefícios****, em especial o sursis (art. 77, inciso 1, do Código Penal), e a* ***substituição da pena corporal por pena restritiva de direitos (art. 44, inciso II, do Código Penal)****, benesses manifestamente descompassadas a reprimir a conduta, mormente de pessoa que não demonstra o mínimo arrependimento.*

Por sua vez, o Tribunal *a quo*, confirmando o édito condenatório, pronunciou-se no seguinte sentido (fl. 217; sem grifos no original):

> *"Não merece qualquer reparo a r. sentença.*
>
> *A pena foi aplicada no mínimo legal e houve exasperação de um sexto na segunda fase, diante na* ***nódoa recidiva*** *certidão de fls. 138.*
>
> ***Foi o réu premiado com a concessão do regime intermediário, o semiaberto****.*
>
> [...]
>
> ***Os mesmos motivos que justificam o regime prisional não permitem a substituição da pena privativa de liberdade por brandas alternativas****.*
>
> *A medida não se mostra suficiente ou necessária para a repressão e prevenção da grave conduta praticada."*

Como se percebe, embora tenha sido fixada a pena-base no mínimo legal e estabelecida a pena definitiva em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, trata-se de Réu reincidente, de forma que se mostra adequada a fixação do regime semiaberto para início de cumprimento da pena, nos termos do art. 33, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal e da Súmula n.º 269 desta Corte.

Nesse sentido:

> "*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO TENTADO. SÚMULA N. 269/STJ. REGIME INICIAL SEMIABERTO.*
>
> *1. De acordo com a Súmula n. 269 do Superior Tribunal de Justiça,* 'É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais'.
>
> ***2. Na hipótese, o réu foi condenado a 7 meses de reclusão e, apesar de ser reincidente, suas circunstâncias judiciais são favoráveis, razão pela qual faz jus ao regime intermediário.***
>
> *3. Agravo regimental desprovido.*" (AgRg no REsp 1.719.956/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe de 19/06/2018; sem grifos no original.)

> "*PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECEPTAÇÃO. PLEITO DE ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA PARA O ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. REGIME INTERMEDIÁRIO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. SÚMULA N. 269/STJ. PRECEDENTES. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> ***Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que, sendo consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais elencadas no art. 59, do Código Penal, e a pena privativa de liberdade for inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, afigura-se possível o estabelecimento do regime inicial semiaberto aos condenados reincidentes, como se deu no caso dos autos. Inteligência da Súmula n. 269 desta Corte Superior de Justiça. Precedentes.***
>
> *Agravo regimental desprovido.*" (AgRg no AREsp 1.199.852/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe de 30/04/2018; sem grifos no original.)

Ressalte-se, ainda, que, nos termos da jurisprudência desta Corte, "*inexiste* bis in idem *quando a reincidência é utilizada para agravar a pena, na segunda fase da dosimetria, e, novamente, para fundamentar o regime mais gravoso*" (HC 463.769/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 13/09/2018).

A propósito:

> "HABEAS CORPUS. *TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. IMPETRAÇÃO POSTERIOR AO ADEQUADO RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. REINCIDÊNCIA. REGIME PRISIONAL FECHADO.* BIS IN IDEM. *INOCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.*
>
> *1. Tratando-se de* habeas corpus *posterior ao adequado recurso especial, inviável o seu conhecimento.*
>
> *2. Condenado o paciente à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, e diante da reincidência, não é possível fixar regime inicial diverso do fechado, nos temos do art. 33, § 2º, alínea 'b', do Código Penal.*
>
> *3.* ***Não há falar em* bis in idem *em razão utilização da reincidência para agravar a pena e para fixar o regime prisional mais gravoso.***
>
> *4.* Habeas corpus *não conhecido.*" (HC 313.288/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe de 17/08/2015; sem grifos no original.)

Por fim, ressalto que, na hipótese dos autos, em razão da reincidência – condenação a 2 anos e 11 meses de reclusão e 200 dias-multa, como incurso nos arts. 33, *caput*, e 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006 e transitada em julgado em 23/4/2013 (fl. 138) –, é manifestamente incabível, além de não ser recomendável, a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, nos termos do art. 44, inciso II, do Código Penal.

A propósito:

> "HABEAS CORPUS *IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. FURTO SIMPLES EM CONTINUIDADE DELITIVA. RÉ REINCIDENTE. PENA DEFINITIVA INFERIOR A 4 ANOS. FIXAÇÃO, PELO TRIBUNAL* A QUO, *DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 269 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REINCIDÊNCIA. AFASTAMENTO DO BENEFÍCIO QUE DEVE SER MANTIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.* HABEAS CORPUS *NÃO CONHECIDO.*
>
> [...]
>
> - ***Outrossim, quanto à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o entendimento da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, embora a pena definitiva tenha sido fixada em patamar inferior a 4 anos de reclusão, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos mostra-se insuficiente quando há reincidência e a medida não se mostra recomendável*** *(art. 44, II e § 3º, do CP) (AgRg no Resp. 1.716.907/SP, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/5/2018, DJe 30/5/2018).*
>
> - Habeas corpus *não conhecido.*" (HC 458.714/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe de 01/10/2018; sem grifos no original.)

Ante o exposto, CONHEÇO do agravo para NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 12 de abril de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora