RECURSO ESPECIAL Nº 1.816.151 - SP (2019/0155200-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
RECORRENTE	:	ALEX SANDRE CESAR DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO DANIELLA BONILHA DE CARVALHO - DEFENSORA PÚBLICA - SP306235
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto, com base nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, por ALEX SANDRE CESAR DOS SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

A controvérsia tratada nos autos foi devidamente relatada no parecer ministerial à e-STJ fl. 309:

> *Cuida-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que manteve o recorrente* ***condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime de roubo majorado****.*
>
> *O acórdão foi assim ementado (e-STJ fl. 263):*
>
> > *Roubo majorado — art. 157, §2º, II do CP — Absolvição — O Inviável - Materialidade e autoria devidamente comprovadas Robusto conjunto probatório Reconhecimento positivo pelas vítimas na etapa policial e por uma delas em juízo — Majorante devidamente reconhecida e aplicada — Pena e regime mantidos — Recurso improvido.*
>
> *No presente recurso especial, o recorrente* ***alega violação ao art. 33, § 2º, b, do Código Penal****.* ***Sustenta*** *que […]* ***o acórdão valeu-se da gravidade abstrata do delito para a imposição do regime fechado, não apresentando qualquer circunstância concreta que evidencie a necessidade do regime em questão****.* ***Ressalta****, ainda, […]* ***que o recorrente é primário, tornando ainda mais desproporcional a eleição pelo regime inicial mais gravoso, apesar das circunstâncias judiciais favoráveis, e a aplicação da pena-base mínima (e-STJ fl. 285). Requer, por isso, a adequação do regime prisional****.* (Grifei)

As contrarrazões foram apresentadas às e-STJ fls. 288/295.

Ao final do parecer, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo

provimento do recurso.

É o relatório.

Decido.

O recurso deve prosperar.

No caso em apreço, o Tribunal *a quo* manteve o regime fechado, "*pois é o único adequado para autores de delito de roubo, inclusive para acusados primários, para a prevenção e reprovação de crimes desta natureza, porque a concessão de regime diverso a autores deste crime anula a finalidade intimidante da pena, estimulando a subtração da coisa alheia móvel, mediante violência ou grave ameaça à pessoa*" (e-STJ fl. 271).

Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do Código Penal).

Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte Superior, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que aquele que permite a pena aplicada quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito, o que não ocorreu na espécie.

Nesse sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO NA FORMA TENTADA. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA.*
>
> *1. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime prisional, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do Código Penal). Ademais, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que o que permitir a pena aplicada quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito, o que não ocorreu na espécie. Precedentes.*

2. No caso, a pena-base foi mantida no patamar mínimo, em razão da análise favorável das circunstâncias judiciais. No entanto, o regime mais gravoso foi estabelecido com fundamento na gravidade abstrata do delito. Assim, diante do quantum de pena aplicada - 3 anos e 8 meses de reclusão -, é cabível a alteração do regime prisional para o aberto.

3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC 465.001/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 18/10/2018).

PENAL HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. CORRUPÇÃO DE MENORES. [...] *REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO BASEADO EM CIRCUNSTÂNCIAS ÍNSITAS AO TIPO PENAL. FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

V - A jurisprudência do col. Supremo Tribunal Federal é pacífica 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 n. 718/STF), e que 'a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea' (Súmula n. 719/STF).

VI - '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).

VII - Na hipótese, verifica-se que o regime inicial semiaberto foi determinado tão somente com base na gravidade abstrata do delito, tendo o v. acórdão ora combatido se utilizado de circunstâncias ínsitas ao tipo penal do crime de corrupção de menores para agravar o regime inicial imposto aos pacientes, sem apresentar fundamento concreto para imposição de regime mais gravoso do que o cabível em razão do quantum de pena aplicado.

VIII - Sendo os pacientes primários, fixada a pena-base no mínimo legal e consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime inicial aberto mostra-se mais adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal. Precedentes.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena, mantidos os demais termos da condenação (HC 458.656/SC, relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em

09/10/2018, DJe 17/10/2018).

Como se depreende das transcrições acima, o Tribunal de origem fixou o regime fechado sem indicar dados concretos dos autos que demonstrassem a real necessidade de imposição de regime prisional mais gravoso, o que vai de encontro ao teor dos enunciados das Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, bem como do enunciado da Súmula n. 440 desta Casa, que assim dispõem:

> *Enunciado 718/STF: "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".*
>
> *Enunciado 719/STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".*
>
> *Enunciado 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".*

Sob tal perspectiva, diante dos parâmetros acima aludidos e consideradas a quantidade de pena aplicada – 5 anos e 4 meses de reclusão –, a primariedade e as circunstâncias judiciais absolutamente favoráveis ao recorrente (e-STJ fl. 193), impõe-se a fixação do regime inicial semiaberto para cumprimento da reprimenda.

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso especial** para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da sanção.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 10 de junho de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator