

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.471.050 - SP (2019/0085363-0)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
AGRAVANTE : **MARCO ROBERTO DA SILVA**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
THIAGO MONTEIRO PEREIRA - DEFENSOR PÚBLICO -
SP246545
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO. CONDENAÇÃO. PENA QUE NÃO EXCEDE 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. REGIME FECHADO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA AGRAVAMENTO DO REGIME PRISIONAL. VERBETES SUMULARES N.ºs 440/STJ, 718 E 719/STF. CABÍVEL O REGIME ABERTO. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER E DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por MARCO ROBERTO 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.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o Agravante às penas de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, no menor valor legalmente previsto, como incurso no art. 157, *caput*, do Código Penal (fls. 184-188).

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem deu parcial provimento para, afastando o reconhecimento da reincidência, redimensionar as penas aplicadas aos patamares de 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no mínimo legal, nos termos da seguinte ementa (fl. 233).

"Roubo simples – Palavra da vítima – Reconhecimento na delegacia confirmado em juízo – Negativa do réu isolada nos autos – Condenação mantida – Prisão do réu após eficiente ação de populares – Tentativa – Inocorrência – Súmula nº 582, do Colendo Superior Tribunal de Justiça;

Roubo simples – Certidão que não traz a data do trânsito em julgado da condenação – Reincidência – Inocorrência;

Roubo simples – Emprego de violência e grave ameaça com

simulação de porte de arma de fogo – Crime que pelas suas particularidades exige tratamento rigoroso – Regime fechado;

Roubo – Isenção do pagamento de custas – Situação financeira do réu que deverá ser aferida em sede de Execução – Impossibilidade – Recurso provido em parte."

Alega a Defesa, nas razões do recurso especial, afronta aos arts. 33, § 3.º, e 59 do Código Penal.

Pondera que o regime inicial fechado foi fixado com base em fundamentação genérica e abstrata.

Contrarrazões às fls. 284-288. Inadmitido o recurso na origem (fls. 291-292), subiram os autos a este Superior Tribunal de Justiça por meio do presente agravo (fls. 297-310).

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 333-334, opinando pelo desprovimento do agravo.

É o relatório.

Decido.

O acórdão recorrido, na parte que interessa, está calcado nas seguintes razões de decidir (fl. 238):

"[...] o regime fechado para o início de cumprimento da pena é aquele que se afigura como justo e suficiente à reprovação da conduta, sobretudo porque se trata de crime cometido mediante violência e grave ameaça praticada com simulação de emprego de arma de fogo, ação que evidencia audácia do agente e recomenda enérgica interferência estatal."

Como se vê, o Tribunal de origem fixou o regime inicial fechado fundado exclusivamente **na gravidade abstrata do delito de roubo circunstanciado**, não indicando concretamente circunstâncias que evidenciem a maior gravidade do crime, o que, a teor da jurisprudência pacificada deste Tribunal Superior, não se admite.

Com efeito, a questão acerca do regime prisional ora discutida tem sido apreciada repetidas vezes por esta Corte, o que culminou na edição do enunciado n.º 440 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual, *"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"*.

No mesmo sentido, têm sido os reiterados julgados do Supremo Tribunal

Federal, cuja jurisprudência está espelhada nos Verbetes Sumulares n.ºs 718 e 719, respectivamente, *in verbis*:

"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."

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

No caso, o Agravante foi considerado primário, não tendo sido valorada negativamente nenhuma vetorial do art. 59 do Código Penal na fixação da pena-base e imposta a pena final de 4 (quatro) anos de reclusão. É cabível, dessa forma, **o regime aberto, nos termos do art. 33, § 2.º, alínea c, do Código Penal**, uma vez que a fundamentação lançada pelas instâncias ordinárias para fixar o regime inicial mais gravoso não extrapola o tipo penal do crime de roubo.

Nesse sentido, aliás, tem sido a jurisprudência desta Corte, consoante demonstram os seguintes precedentes, *verbis*:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. RÉ PRIMÁRIA. REGIME ABERTO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO."

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

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'; e com a Súmula 719/STF, 'a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea'.

3. Os fundamentos utilizados no decreto condenatório não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso do que o indicado pela quantidade de pena imposta ao agente (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), nos termos da Súmula 440 desta Corte. Tratando-se de ré primária, cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, e que foi condenada à pena de 4 anos de reclusão, deve a reprimenda ser cumprida em regime inicial aberto.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício,

para fixar o regime inicial de cumprimento aberto à paciente, salvo se estiver descontando pena em regime mais grave por outro motivo." (HC 472.844/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe de 13/02/2019.)

"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, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 18/10/2018)

Ante o exposto, CONHEÇO do agravo para CONHECER e DAR PROVIMENTO ao recurso especial, a fim de fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, mediante condições a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais, salvo se estiver cumprindo pena em regime mais grave por outro motivo.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 07 de junho de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora