

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.832.951 - SP (2019/0244643-1)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
RECORRENTE : FRANK WELLINGTON DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : RICARDO RODRIGUES MARTINS - SP243063
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por FRANK WELLINGTON DA SILVA, fundamentado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o recorrente foi condenado como incurso nas sanções do art. 180, *caput*, do Código Penal, à pena de 3 anos de reclusão, em regime fechado, mais 30 dias-multa. Irresignado, interpôs recurso de apelação pugnando pela absolvição por ausência de dolo, subsidiariamente, pela redução da pena e a fixação do regime semiaberto. O Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso defensivo para reduzir a reprimenda para 1 ano, 4 meses e 10 dias de reclusão, e 12 dias-multa, mantendo o regime fechado, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 327):

RECEPÇÃO DOLOSA. Conduta de conduzir automóvel roubado ciente da origem ilícita. Configuração. Materialidade e autoria demonstradas. Depoimentos dos policiais militares que efetuaram a prisão em flagrante do acusado na posse do bem subtraído. Carro roubado dois dias antes da abordagem policial.

Suficiência para a procedência da ação penal. Condenação mantida. REPRIMENDA. Aumentos desproporcionais. Redução.

Majoração de 1/6 na primeira e na segunda etapas da dosimetria.

Concretização em 1 ano, 4 meses e 10 dias de reclusão e 12 dias - multa, no piso. Regime fechado confirmado. Substituição da privativa de liberdade não recomendável. Apelo defensivo parcialmente provido.

Opostos embargos de declaração pela defesa, foram rejeitados,

Superior Tribunal de Justiça

nos seguintes termos (e-STJ fl. 361):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Oposição contra acórdão. Ausência de contradição, Decisum suficientemente explícito quanto à manutenção do regime inicial fechado. Circunstâncias judiciais desfavoráveis e reincidência. Pretensão infringente. Não admissão, Embargos rejeitados.

Nas razões do recurso especial o agravante alega contrariedade ao art. 33, §2º, "b", do Código Penal e ao enunciado n. 269 da Súmula do STJ, alegando que "o réu foi condenado ao regime inicial fechado, quando o regime aplicado seria o semiaberto, conforme assevera o artigo 33, paragrafo, segundo alínea B, do código penal"(e-STJ fl. 344).

Afirma que "mesmo que o réu tenha antecedente e mesmo que seja reincidente, a fixação da pena base e do regime inicial de cumprimento da pena, nos termos da Súmulas 269, 440 do STJ, e também as Sumulas do 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, ou seja no regime semiaberto (*sic*)" (e-STJ fl. 345).

Sustenta que "o acórdão reduziu a pena, mas, no entanto manteve o regime fechado outro tribunal comprovando a ocorrência do dissídio jurisprudencial" (e-STJ fl. 350).

Requer o provimento do recurso para alterar o regime para o semiaberto.

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 372/380), o recurso foi admitido (e-STJ fls. 383/384), manifestando-se o Ministério Público Federal pelo seu desprovimento (e-STJ fls. 393/394).

É o relatório. **Decido.**

O recurso é cabível, tempestivo e a matéria foi devidamente prequestionada.

Veja, no que interessa, os seguintes trechos do acórdão recorrido (e-STJ fl. 362):

Superior Tribunal de Justiça

(...)

O regime inicial, tendo em vista a reincidência e as circunstâncias judiciais desfavoráveis, só pode ser o fechado (Súmula 269 do STJ)." (fls. 329).

A redação da Súmula 269 do STJ (que foi, inclusive, mencionada nos Embargos opostos pela Defesa) é clara ao pontuar que, aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos, é admissível a adoção do regime prisional semiaberto se favoráveis as circunstâncias judiciais. (grifos meus) Vê-se que, in casu, as circunstâncias judiciais não são favoráveis a FRANK, que teve a pena-base fixada no dobro (pela r. sentença de 1º grau, às fls. 209), aumento este reajustado por este Relator em sede de apelação (que aplicou a majoração de 1/6, cf. fls. 329).

Ademais, observo que a nova redação dada ao art. 387, §2º, do CP, não tem o condão de admitir o regime inicial aberto ao agente reincidente que, nos termos do art. 33, §2º, do CP, continuará a cumprir a pena, inicialmente, no semiaberto ou fechado. No presente caso, foi mantido o regime fechado porque FRANK não atende aos requisitos da Súmula 269 do STJ.

Com efeito, remanesce a vigência do art. 59, III, do CP, segundo o qual as circunstâncias judiciais deverão ser levadas em conta para fixação do regime inicial de cumprimento da pena.

Com efeito, nos termos da Súmula n. 269/STJ, *é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.*

No caso, todavia, verifico que as instâncias de origem justificaram a fixação do regime mais gravoso pelo fato do recorrente ser reincidente, além do que suas circunstâncias judiciais foram desfavoráveis. Assim, ainda que sua pena seja inferior a 4 anos de reclusão, não há que se falar em regime prisional semiaberto.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO

Superior Tribunal de Justiça

ESPECIAL. ESTELIONATO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. MODO FECHADO. REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. SÚMULA 269/STJ. NÃO APLICAÇÃO. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. RECURSO NÃO PROVIDO.

[...]

3. Somente quando favoráveis as circunstâncias judiciais é que há a possibilidade de fixação do regime semiaberto ao reincidente com pena inferior a 4 (quatro) anos (Súmula n. 269/STJ).

4. Neste caso, não obstante a pena aplicada seja inferior a quatro anos, a presença de circunstância judicial desfavorável - maus antecedentes - impede o abrandamento do regime inicial, em face da inaplicabilidade do enunciado sumular mencionado.

5. Agravo regimental não provido. (AgInt no AREsp 1082097/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 18/10/2018)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. RECEPÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PERSONALIDADE DO AGENTE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MAIOR GRAVIDADE DA CONDUTA NÃO EVIDENCIADA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. REINCIDÊNCIA. SÚMULA 269/STJ. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. Para caracterizar os maus antecedentes, foram devidamente utilizadas condenações anteriores do paciente, não restando configurado constrangimento ilegal.

5. Em relação às circunstâncias do crime, verifica-se que a pena-base foi exasperada em razão do tipo de bem receptado, denotando maior intensidade do dolo do paciente, que recebeu veículo que sabia ser produto de crime, o que estimula a prática de furtos e roubos. Tal circunstância, todavia, não permite a majoração da pena-base, porque traduz elemento do crime e

Superior Tribunal de Justiça

não revela um maior grau de reprovação da conduta.

6. 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/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".

7. Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do Código Penal, é possível a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo quantum de reprimenda imposta ao réu, a teor do disposto no art. 33, § 3º, do CP.

8. Em que pese tenha sido imposta reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, tratando-se de réu reincidente e com circunstância judicial desfavoravelmente valorada, não há falar em fixação do regime prisional semiaberto, por não restarem preenchidos os requisitos do art. 33, § 2º, "b", do Estatuto Repressor. Inteligência, a contrario sensu, da Súmula 269/STJ.

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda do paciente para 1 ano, 7 meses e 7 dias de reclusão, mais 12 dias-multa, mantido o regime prisional fechado para o início do cumprimento da reprimenda. (HC 424.433/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 01/08/2018)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PENAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO. LEGALIDADE. RÉU REINCIDENTE E COM MAUS ANTECEDENTES. PRECEDENTES.

1. Não obstante a pena do réu tenha sido fixada em 2 anos, 3 meses e 22 dias, de reclusão, pela prática do crime de contrabando, o Magistrado sentenciante reconheceu que, além de reincidente, possui o réu maus antecedentes. Sendo assim, escoreita a fixação do regime fechado, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 425.901/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA,

Superior Tribunal de Justiça

julgado em 08/02/2018, DJe 19/02/2018)

Diante do exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, inciso II,
nego provimento ao recurso especial.

Intimem-se.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

