

RECURSO ESPECIAL Nº 1.829.501 - SP (2019/0225646-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE : FABIANO PEREIRA DA SILVA (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ALEXANDRA PINHEIRO DE CASTRO - DEFENSORA PÚBLICA -
SP0291702
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por FABIANO PEREIRA DA SILVA, fundamentado na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que deu parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir a pena-base, todavia sem reflexo na pena final.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado, como incurso nas sanções do art. 155, *caput*, do Código Penal, às penas de 1 (um) ano, de reclusão, em regime inicial semiaberto, e de 10 (dez) dias-multa, no mínimo legal – e-STJ fls. 205-209.

Em grau de apelação, o Tribunal de origem reduziu o agravamento da pena-base de 1/5 para 1/6 em razão dos maus antecedentes, aplicou a redução na mesma fração na segunda fase e manteve o regime semiaberto como o de início da expiação punitiva – e-STJ fls. 259-261.

Nas razões do recurso especial, a defesa sustenta violação dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 do CP (e-STJ fls.270-278).

Pleiteia a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda, asseverando que a pena fixada é inferior a 2 (dois) anos e que o crime foi cometido sem violência ou grave ameaça, suprimindo as condições estabelecidas no CP.

Ressalta que este Tribunal Superior reconhece a possibilidade de deferimento do regime mais brando ainda que em casos de reincidência do acusado.

Requer, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, ao argumento de que o recorrente cumpre os requisitos do art. 44 do CP.

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 282-288), após o juízo prévio de admissibilidade (e-STJ fls. 291), os autos ascenderam ao Superior Tribunal de Justiça.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, na condição de *custos legis*, ofertou parecer pelo não provimento do inconformismo. (e-STJ fls. 300-303).

É o relatório.

Decido.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, passa-se ao exame recursal.

Acerca da fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, o Tribunal de origem assim se manifestou (e-STJ fl. 260-261):

A dosimetria da pena comporta pequeno reparo, sem reflexo na pena final.

A pena-base foi fixada em 1/5 acima do piso pelos maus antecedentes e pela personalidade voltada para o crime, sendo restabelecida ao mínimo legal na segunda fase pela

incidência da atenuante da confissão.

O acusado ostenta condenação definitiva por crime anterior (fls. 176), responde por crime idêntico praticado dois meses antes dos fatos e ainda voltou a delinquir depois do furto apurado nestes autos. Nessa linha, me parece devidamente justificável o recrudescimento da pena-base.

De qualquer forma, em respeito à orientação consolidada na Súmula 444, do STJ, fixo a base em 1/6 acima do mínimo em função da condenação definitiva (fls. 176), mantendo a redução na segunda fase pela incidência da atenuante da confissão.

O valor da res furtivae desautoriza o reconhecimento do privilégio.

Os maus antecedentes impedem a concessão de quaisquer benefícios penais.

O regime prisional semiaberto deve ser mantido em razão da circunstância judicial desfavorável.

Posto isto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao apelo para reduzir a pena -base, sem reflexo na pena final.

O entendimento amolda-se às disposições contidas no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que houve reprovação dos antecedentes penais, enquanto circunstância judicial do art. 59, com base em fundamento concreto e idôneo – A pena-base foi fixada em 1/5 acima do piso pelos maus antecedentes, "[...] o acusado ostenta condenação definitiva por crime anterior (fls. 176), responde por crime idêntico praticado dois meses antes dos fatos e ainda voltou a delinquir depois do furto apurado nestes autos". – No mesmo sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO TENTADO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. WRIT NÃO CONHECIDO.

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 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 réu tecnicamente primário, cujas circunstâncias judiciais foram desfavoravelmente valoradas, condenado à pena de 2 anos e 8 meses de reclusão, deve a reprimenda ser cumprida em regime semiaberto.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 429.972/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 20/06/2018)

Igualmente:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO NA FORMA TENTADA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA SÚMULA 443/STJ. RECONHECIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA NA UTILIZAÇÃO DA FRAÇÃO DE 3/8, NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO PARA 1/3. REGIME FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. PENA INFERIOR A 4 ANOS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. Nos termos do disposto no enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes".

3. Na hipótese, o aumento da pena em fração superior a 1/3 ocorreu em razão da quantidade de majorantes, sem a indicação de fundamentação concreta, a evidenciar a necessidade de aplicação da fração mínima.

4. Segundo o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, "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".

5. Dessa forma, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, verifica-se que o regime mais gravoso foi fixado com base em fundamentação concreta, qual seja, o fato de o delito ter sido praticado em estabelecimento comercial, expondo a risco maior número de pessoas, com emprego de arma de fogo e em concurso

de agentes, o que denota maior desvalor da ação. Entretanto, o regime inicial fechado, excessivamente mais severo do que a pena de 2 anos e 8 meses de reclusão comporta, revela-se desproporcional, sendo mais adequado a fixação do regime semiaberto.

6. Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para redimensionar a pena do paciente e fixar o regime inicial semiaberto.

(HC 413.393/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/09/2017, DJe 27/09/2017)

Quanto a substituição da pena privativa de liberdade, verifica-se que na hipótese, que o paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, na medida em que as circunstâncias judiciais não o favorecem, em razão dos maus antecedentes. A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. FURTO SIMPLES. MAUS ANTECEDENTES. UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES EM QUE O CUMPRIMENTO OU EXTINÇÃO DA PENA OCORRERAM HÁ MAIS DE CINCO ANOS. POSSIBILIDADE. NÃO APLICAÇÃO DO PERÍODO DEPURADOR DO ART. 64, I, DO CP. INCIDÊNCIA DO PRIVILÉGIO PREVISTO NO § 2º DO ART. 155 DO CP. VIABILIDADE. RÉU PRIMÁRIO. RES FURTIVAE AVALIADA EM MENOS DE UM SALÁRIO DO MÍNIMO.

RECONHECIMENTO DA TENTATIVA. NÃO CABIMENTO. TEORIA DA AMOTIO. MERA INVERSÃO DA POSSE CONFIGURADA NA ESPÉCIE. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME SEMIABERTO CABÍVEL.

PLEITO DE DETRAÇÃO. INVIABILIDADE. REGIME MAIS GRAVE BASEADO NA VETORIAL VALORADA NEGATIVAMENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MAUS ANTECEDENTES. ART. 44, III, DO CP. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

6. O regime fechado foi mantido exclusivamente pela valoração negativa dos antecedentes do acusado. Contudo, tratando-se de réu primário, que teve valorada de forma desfavorável circunstância judicial, mas que foi condenado ao cumprimento de pena inferior a 4 anos de reclusão, deve a reprimenda ser cumprida em regime inicial semiaberto, por ser cabível à espécie, como o imediatamente mais grave, segundo o quanto de pena aplicado.

7. No caso, mostra-se irrelevante a detração do período de prisão cautelar, nos termos do art. 387, § 2º, do CPP, considerando que o meio prisional intermediário foi estabelecido

em virtude da valoração negativa de circunstância judicial.

8. No que tange ao pleito de substituição da pena corporal por restritiva de direitos, os autos revelam que o réu, embora tecnicamente primário, ostenta maus antecedentes. O art. 44 do Código Penal estabelece que será admitida a conversão da pena corporal por restritiva de direitos se "a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente". No caso em análise, o Tribunal de origem asseverou não ser admissível a concessão do benefício, em razão dos antecedentes do réu, sem que possa inferir arbitrariedade em tal conclusão.

9. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena do paciente, reconhecendo a incidência do privilégio do art. 155, § 2º, do Código Penal e fixando o regime inicial semiaberto, mantendo-se, no mais, o teor do acórdão impugnado. (HC 495.846/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/06/2019, DJe 11/06/2019)

Igualmente:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO CRIME DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. VIABILIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

IV - Na hipótese, considerando a reincidência genérica do paciente, referente à condenação pelo delito do artigo 28 da Lei de Drogas, o qual sequer é punido com pena privativa de liberdade, forçoso concluir que faz jus ao regime aberto, para início de cumprimento da pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Estatuto Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula n. 440 desta Corte Superior.

V - Preenchidos os requisitos do art. 44, parágrafo 3º do Código Penal, quais sejam, pena não superior à 4 (quatro) anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, réu não reincidente específico e circunstâncias judiciais favoráveis, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de

Superior Tribunal de Justiça

direitos, a ser estabelecida pelo Juízo a quo.

(HC 478.757/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 11/02/2019)

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, II, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **nega-se provimento** ao recurso especial para redimensionar as penas cominadas ao recorrente nos termos acima delineados.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 29 de novembro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator