

RECURSO ESPECIAL Nº 1.847.111 - SP (2019/0331034-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE : LUCAS DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : DIEGO EMANUEL DA COSTA - SP262037
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de Recurso especial interposto por LUCAS DOS SANTOS, fundamentado na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao apelo defensivo.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, II, c/c o art. 14, II, do Código Penal, às penas de 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pecuniária de 8 (oito) dias-multa – e-STJ fls. 96-104.

Em grau de apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa – e-STJ fls. 158-167.

Nas razões do recurso especial, a defesa sustenta violação do art. 33, § 2º, c; artigo 44, I, II, III; além do art. 59, todos do Código Penal ; e afronta do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal (e-STJ fls. 329-337) .

Defende a impossibilidade de fixação de regime inicial mais gravoso, com fundamento na gravidade abstrata do delito. Por isso, postula a reforma do acórdão para efeito de se fixar o regime inicial aberto no lugar do semiaberto.

Aduz a necessidade da aplicação da detração penal, uma vez que esteve preso temporariamente por 2 (dois) dias.

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 200-210), após o juízo prévio de admissibilidade (e-STJ fls. 213-214), os autos ascenderam ao Superior Tribunal de Justiça.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, na condição de *custos legis*, ofertou parecer pelo provimento do inconformismo para fixação do regime aberto como o início do cumprimento da reprimenda (e-STJ fls. 225-229).

É o relatório.

Decido.

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

Busca o recorrente a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da pena, alegando ter sido estabelecida em período inferior a 4 anos, e sem fundamentação idônea para o recrudescimento da inculpação acerca regime.

Quanto ao tema o colegiado estadual asseverou (e-STJ fls. 161-166):

Como se constata da leitura do decisum, as penas-base foram fixadas nos mínimos montantes legais (4 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa), inviabilizando assim a redução das penas em virtude do reconhecimento de tais circunstâncias.

Como sabido, tanto no Superior Tribunal de Justiça (v.

Súmula 231) como no Supremo Tribunal Federal o entendimento dominante é o de que as circunstâncias atenuantes da Parte Geral do Código Penal não podem provocar a diminuição da pena para patamar inferior ao mínimo previsto na Parte Especial.

Nesse diapasão, v.g., os seguintes julgados [sem destaques nos originais]: [...]

Por fim, não há reparos quanto ao regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade fixado pelo i. Juiz de Primeiro Grau o semiaberto.

Trata-se de roubo qualificado (no caso, praticado em concurso de agentes), em relação ao qual o regime aberto, pela baixíssima carga repressiva que encerra, se revela insuficiente para cumprir as exigências preventivas da pena, mormente se se considera a repugnância social ao delito de roubo e o grau de reprovabilidade da conduta, reveladora de desprezo pelos bens jurídicos tutelados pelo respectivo tipo penal (patrimônio, liberdade individual e incolumidade física). [...]

De resto, conquanto não favoreçam o acusado o teor das Súmulas n.ºs. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, ante as razões específicas inclusive de ordem subjetiva que autorizavam até a imposição do regime mais severo, o fechado, não é demais lembrar que o extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo entendia que os regimes mais brandos são incompatíveis com a gravidade intrínseca do delito de roubo, de modo tal que sua não aplicação tornaria ineficaz qualquer outra opção repressiva: [...]

Por tais razões, e levando-se em conta, finalmente, que o i. Magistrado aplicou reprimendas bem ajustadas à espécie, fixando regime inicial de cumprimento da pena corporal menos severo do que o recomendado pela jurisprudência para casos semelhantes (sem que tenha havido, contudo, irresignação do órgão acusatório), deve ser repellido o inconformismo do sentenciado, para que seja a r. decisão recorrida mantida na íntegra. [...]

Por sua vez, a sentença consignou (e-STJ fls. 103-104):

O regime inicial de cumprimento de pena será o semiaberto, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal, em face do quantum de pena aplicada, e também em face da excepcional desnecessidade de

fixação do regime fechado no caso concreto, em face das peculiaridades do delito, e também do réu, tendo-se apurado decisão infeliz de prática de crime violento, e não de pessoa com tendência ao retorno à delinquência, estando atualmente trabalhando e sendo dotado de relativos freios morais; razões pelas quais o regime fechado se mostra desproporcional à ressocialização, e suficiente o semiaberto à função punitiva da pena.

Defiro o direito de apelar em liberdade, vez que o réu vem comparecendo a todos os atos processuais, não se verificando atualmente requisitos ensejadores de sua prisão preventiva.

Delineado o contexto fático-processual, verifica-se que as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis, que o paciente é primário e que foi estabelecido o regime inicial semiaberto, **com arrimo "nas peculiaridades do caso concreto"**, sem a especificação de quais estas seriam, constituindo-se a fundamentação demasiadamente genérica.

A jurisprudência deste Tribunal Superior, já sedimentou entendimento, cristalizado na Súmula 440/STJ, no sentido da impossibilidade da fixação de regime prisional mais gravoso, com fundamento na gravidade abstrata do delito, *in verbis*:

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.

Seguindo o mesmo viés, os enunciados 718 e 719/STF, que preconizam respectivamente:

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.

Nessa perspectiva, diante da fundamentação genérica na fixação do regime prisional, bem como da inexistência de circunstância judicial desfavorável e tratar de réu primário, impõe-se a fixação do regime inicialmente aberto para cumprimento da reprimenda.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO TENTADO, CORRUPÇÃO

DE MENOR E USO DE DOCUMENTO FALSO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. REGIME FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA RECLUSIVA E DO REGIME SEMIABERTO PARA A DE DETENÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA DOS DELITOS. SÚMULAS 440/STJ, 718 E 719/STF. NOVA PRISÃO EM FLAGRANTE DO RÉU QUE NÃO JUSTIFICA A FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL MAIS SEVERO. WRIT NÃO CONHECIDO E 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". 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".

3. Malgrado a fixação da pena-base no mínimo legal e a primariedade do réu não conduzam, necessariamente, à fixação do regime prisional menos severo, os fundamentos genéricos utilizados no decreto condenatório não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal).

4. Tratando-se de réu primário, ao qual foram impostas penas de reclusão e de detenção inferiores a 4 anos, e cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, sem que nada de concreto tenha sido consignado de modo a justificar o recrudesimento do meio prisional, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, do Código Penal, devem as reprimendas serem cumpridas, desde logo, em regime aberto.

5. Se condenação posterior aos fatos não permite o incremento da pena-base, ainda que a título de maus antecedentes, a teor do entendimento da Súmula 444/STJ, descabe falar em fixação de meio prisional mais severo por ter sido o réu novamente preso em flagrante após a prática do delito sob apuração.

6. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, com o fim de estabelecer o regime prisional aberto para a desconto das penas de detenção e de reclusão, salvo se, por outro motivo, o paciente estiver descontando reprimenda em meio mais severo.

(HC 464.524/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 25/09/2018, DJe 02/10/2018)

Igualmente:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO TENTADO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. SEMIABERTO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. DESCABIMENTO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS.

REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a "dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade" (HC n. 400.119/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 1º/8/2017).

III - Segundo jurisprudência pacífica do excelso Supremo Tribunal Federal, "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 "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea" (Súmula n. 719/STF).

IV - "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).

V - In casu, verifica-se que o regime inicial semiaberto foi determinado tão somente com base na gravidade abstrata do delito, não tendo sido apresentado fundamento concreto para imposição de regime mais gravoso do que o cabível em razão do quantum de pena aplicado.

VI - Sendo o paciente primário, fixada a pena-base no mínimo legal e consideradas como 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.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime aberto para o início de cumprimento da pena, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 436.728/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 08/05/2018)

Acrescente-se, aliás, a impressão consignada pela Procuradoria-Geral da República no parecer ofertado aos autos (e-STJ fls. 227-228):

A escolha do regime inicial de cumprimento da reprimenda, nos termos do disposto no art. 33 do Código Penal, envolve a análise de três fatores: quantidade de pena, reincidência e circunstâncias judiciais.

No caso dos autos, o Recorrente é primário, sem antecedentes criminais e teve a pena-base fixada no mínimo legal, porque foram consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais. Assim, tendo sido condenado a uma pena privativa de liberdade de três anos, seis meses e vinte dias de reclusão, era cabível a fixação do regime aberto, nos termos da alínea "c" do § 2º do art. 33 do Código Penal, segundo a qual "o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto".

No entanto, o Juízo de primeiro grau e a Corte de origem reputaram necessário o cumprimento inicial da pena pelo Recorrente no regime semiaberto, justificando-o com base única e exclusivamente na gravidade abstrata do delito, conforme se extrai do seguinte excerto do acórdão recorrido:

[...]

Portanto, a fundamentação declinada no acórdão atacado foi genérica e inidônea para sustentar a imposição do regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso, o que determina o provimento do recurso e a reforma da decisão, para que seja fixado o regime inicial aberto.

Relativamente à detração, verifica-se que matéria não foi debatida pela Corte Estadual, circunstância que impede qualquer manifestação desta Corte Superior de Justiça sobre o referido tópico, em razão do necessário prequestionamento do tema, nos termos do enunciado 282/STF, sob pena de se configurar a indevida prestação jurisdicional em supressão de instância.

Nesse norte:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. CONSELHO DE SENTENÇA. VOTAÇÃO. NULIDADE. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284 DO STF.

[...]

PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE A ACUSAÇÃO E A SENTENÇA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 282 E 356 DO STF.

1. A defesa alega a violação do princípio da congruência, sob o argumento de que a tese do dolo eventual não foi objeto da denúncia nem da decisão de pronúncia, mas somente surgiu por ocasião do julgamento plenário do Tribunal do Júri.

2. Inviável a análise do tema no âmbito do recurso especial, porquanto não foi objeto de discussão prévia pela instância ordinária.

3. O prequestionamento é requisito imprescindível ao conhecimento da pretensão recursal por esta Corte Superior, inclusive quando a irresignação se fundamentar em matéria de ordem pública, sob pena de indevida supressão de instância. Incidência, por analogia, das Súmulas ns. 282 e 356/STF.

[...]

DETRAÇÃO PENAL. PRISÃO CAUTELAR. REGIME PRISIONAL.

[...]

2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1449193/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2019, DJe 17/09/2019)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ABONO REFEIÇÃO. INTERESSE DE AGIR. ARTS. 3º E 267, IV, DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ANÁLISE DE LEI LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 280/STF.

[...]

3. A configuração do prequestionamento pressupõe debate edecisão prévios pelo Colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema. Se o Tribunal de origem não adotou entendimento explícito a respeito do fato jurígeno veiculado nas razões recursais, inviabilizada fica a análise sobre a violação do preceito evocado pelo recorrente.

4. [...]

(AgRg no AREsp 218.932/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 10/10/2012)

Ainda que assim não fosse, não verifica nos autos informação segura sobre o tempo em que o condenado permaneceu temporariamente preso, portanto, caberá ao Juízo da execução aplicar a regra do art. 387, § 2º, do CPP.

Superior Tribunal de Justiça

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, I e III, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **conhece-se parcialmente do recurso especial**, e nessa extensão, **dá-se-lhe provimento** para estabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena cominada ao recorrente.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator