



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2084604 - SP (2023/0238236-7)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
RECORRENTE : DIOGO DA CRUZ DE OLIVEIRA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIELA SINGER CARNEIRO DE ALBUQUERQUE - DEFENSORA PÚBLICA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO SIMPLES. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. INOBSERVÂNCIA DAS SÚMULAS 440/STJ E 719/STF. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REINCIDÊNCIA NÃO ESPECÍFICA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. PARCIAL PROVIMENTO.

I. CASO EM EXAME

1. Recurso especial interposto por DIOGO DA CRUZ DE OLIVEIRA contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que, ao dar parcial provimento ao recurso do Ministério Público, fixou o regime inicial fechado para o cumprimento da pena e afastou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, mantendo as demais disposições da sentença que condenou o recorrente à pena de 1 ano de reclusão pelo crime de furto (art. 155, caput, do Código Penal).

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão:

- (i) a legalidade da imposição de regime inicial fechado para pena de 1 ano de reclusão, em face do disposto no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal e das Súmulas 440/STJ e 719/STF;
- (ii) a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, considerando que a reincidência do réu não é específica e que as circunstâncias do caso concreto indicam a suficiência da medida.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O regime inicial fechado foi fixado sem fundamentação idônea, contrariando o disposto nas Súmulas 440/STJ e 719/STF, que exigem a presença de justificativa concreta para a imposição de regime mais gravoso do que o cabível em razão da pena aplicada.

4. O crime praticado, sem violência ou grave ameaça, envolveu a subtração de 5 peças de carne avaliadas em R\$ 203,38, devidamente restituídas à vítima. As circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis, inexistindo gravidade concreta da conduta que justifique o regime inicial fechado.

5. Ainda que o recorrente seja reincidente, a pena de 1 ano de reclusão comporta o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

6. Quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, o art. 44, § 3º, do Código Penal permite a substituição em casos de reincidência não específica, desde que a medida seja suficiente e socialmente recomendável. Contudo, considerando a reincidência e as circunstâncias do caso concreto, não há elementos que justifiquem a alteração do acórdão quanto ao afastamento da substituição.

IV. DISPOSITIVO E TESE

7. Recurso especial parcialmente provido para alterar o regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto, mantidas as demais disposições do acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 20 de fevereiro de 2025.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2084604 - SP (2023/0238236-7)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
RECORRENTE : DIOGO DA CRUZ DE OLIVEIRA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIELA SINGER CARNEIRO DE ALBUQUERQUE - DEFENSORA PÚBLICA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO SIMPLES. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. INOBSERVÂNCIA DAS SÚMULAS 440/STJ E 719/STF. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REINCIDÊNCIA NÃO ESPECÍFICA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. PARCIAL PROVIMENTO.

I. CASO EM EXAME

1. Recurso especial interposto por DIOGO DA CRUZ DE OLIVEIRA contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que, ao dar parcial provimento ao recurso do Ministério Público, fixou o regime inicial fechado para o cumprimento da pena e afastou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, mantendo as demais disposições da sentença que condenou o recorrente à pena de 1 ano de reclusão pelo crime de furto (art. 155, caput, do Código Penal).

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão:

- (i) a legalidade da imposição de regime inicial fechado para pena de 1 ano de reclusão, em face do disposto no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal e das Súmulas 440/STJ e 719/STF;
- (ii) a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, considerando que a reincidência do réu não é específica e que as circunstâncias do caso concreto indicam a suficiência da medida.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O regime inicial fechado foi fixado sem fundamentação idônea, contrariando o disposto nas Súmulas 440/STJ e 719/STF, que exigem a presença de justificativa concreta para a imposição de regime mais gravoso do que o cabível em razão da pena aplicada.

4. O crime praticado, sem violência ou grave ameaça, envolveu a subtração de 5 peças de carne avaliadas em R\$ 203,38, devidamente restituídas à vítima. As circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis, inexistindo gravidade concreta da conduta que justifique o regime inicial fechado.

5. Ainda que o recorrente seja reincidente, a pena de 1 ano de reclusão comporta o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

6. Quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, o art. 44, § 3º, do Código Penal permite a substituição em casos de reincidência não específica, desde que a medida seja suficiente e socialmente recomendável. Contudo, considerando a reincidência e as circunstâncias do caso concreto, não há elementos que justifiquem a alteração do acórdão quanto ao afastamento da substituição.

IV. DISPOSITIVO E TESE

7. Recurso especial parcialmente provido para alterar o regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto, mantidas as demais disposições do acórdão.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto por DIOGO DA CRUZ DE OLIVEIRA contra acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO que deu parcial provimento ao recurso do Ministério Público para fixar o regime inicial fechado para o cumprimento inicial da pena e afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, mantidas as demais disposições da sentença que condenou o recorrente como incurso nas sanções do artigo 155, *caput*, do Código Penal (crime de furto), à pena de um ano de reclusão.

Contra esse acórdão, interpôs-se o presente recurso especial com base na alínea a, do art. 105, inc. III, da CF alegando, em síntese: violação ao art. 33, § 2º, b, do Código Penal, na medida em que acórdão impôs regime inicial fechado para pena de 1 ano de reclusão, em contrariedade à jurisprudência consolidada e ao texto legal, que admite regime inicial semiaberto para condenados reincidentes, desde que as circunstâncias judiciais sejam favoráveis e a pena não ultrapasse 4 anos, bem como em relação ao art. 44, § 3º, do CP, considerando que o acórdão afastou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, alegando reincidência e condição de foragido. Contudo, o artigo permite a substituição se a reincidência não for específica, desde que a medida seja socialmente recomendável e suficiente (e-STJ fls. 262/278).

As contrarrazões foram apresentadas pelo recorrido (e-STJ fls. 282/287).

O recurso foi admitido pelo Tribunal de origem (e-STJ fl. 290) e o Ministério Público Federal apresentou parecer pelo provimento do recurso especial a fim de que seja fixado o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena.(e-STJ fls. 302/304).

VOTO

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso especial.

Passo à análise do mérito.

A controvérsia posta aos autos se refere à possibilidade de aplicação de regime de cumprimento de pena mais gravoso ao condenado a pena inferior a 4 anos de reclusão.

Sobre o ponto, o Tribunal de origem assim consignou (e-STJ fl. 252):

Quanto ao regime prisional, tendo em conta que o apelante não é principiante na prática delitiva, ostentando a condição de reincidente em crime praticado com violência a pessoa, necessária a imposição do regime fechado.

Nesse contexto, 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, ainda, de acordo com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

Conforme se observa, as referidas súmulas não foram inteiramente observadas pelas instâncias ordinárias, na medida em que o regime fechado fora imposto sem "motivação idônea", na medida em que as circunstâncias judiciais foram valoradas como favoráveis ao recorrente e não foram apresentadas justificativas aptas ao reconhecimento de regime mais gravoso. Em casos análogos, esta Corte assim se posiciona:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

*I. Caso em exame*¹. Agravo regimental interposto contra decisão que não conheceu do recurso especial, em razão da incidência das Súmulas 284/STF e 13/STJ.

2. O recorrente alegou vícios materiais e formais na aplicação da norma, questionando a comprovação de autoria e materialidade, e a aplicação incorreta da agravante de calamidade pública.

*II. Questão em discussão*³. A questão em discussão consiste em saber se o agravo regimental pode ser conhecido diante da ausência de impugnação dos fundamentos da decisão agravada.

*III. Razões de decidir*⁴. O agravo regimental não foi conhecido devido à falta de impugnação adequada dos fundamentos da decisão agravada, conforme Súmula 182/STJ.

5. Constatou-se ilegalidade manifesta na incidência da agravante da calamidade pública a qual requer a demonstração de nexo de causalidade da conduta do agente com a circunstância e na fixação do regime prisional fechado sem motivação idônea, contrariando as Súmulas 440/STJ e 719/STF.

6. O habeas corpus foi concedido de ofício para diminuir a reprimenda e fixar o regime inicial semiaberto, considerando a pena aplicada e as circunstâncias judiciais favoráveis.

IV. Dispositivo e tese7. Agravo regimental não conhecido. Habeas corpus concedido de ofício.

Tese de julgamento: "1. O agravo regimental que não impugna os fundamentos da decisão agravada não pode ser conhecido. 2. Nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, o habeas corpus, de ofício, é deferido por iniciativa dos Tribunais quando detectarem ilegalidade manifesta. 3. A incidência da agravante de calamidade pública pela Pandemia requer nexo entre tal circunstância e a conduta do agente. 4. A fixação de regime prisional mais gravoso sem motivação idônea contraria as Súmulas 440/STJ e 719/STF."

Dispositivos relevantes citados: CPP, art. 654, § 2º; CP, art. 33, §§ 2º e 3º. Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no AREsp 1.900.135/SP, Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j.

22.02.2022; STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 1.996.126/SP, Rel. Min. Jesuíno Rissato, Quinta Turma, j. 08.03.2022; STJ, AgRg no HC 581.539/RJ, Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j.

16.06.2020.

(AgRg no REsp n. 2.157.207/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 5/11/2024, DJe de 12/11/2024.)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 33, § 2º E § 3º; E 59, AMBOS DO CP. PRIMARIEDADE. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. SUPORTE NA HEDIONDEZ DO DELITO E NA GRAVIDADE ABSTRATA. SÚMULAS 718 E 719/STF. SÚMULA 440/STJ. PENA DEFINITIVA EM 8 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME SEMIABERTO QUE SE IMPÕE. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, B, DO CP.

1. A questão veiculada no recurso especial diz respeito à verificação da ofensa ao art. 33, § 2º e § 3º, do Código Penal, notadamente porque desconsiderada a individualização da pena, ao ser fixado regime mais gravoso a condenado primário e sem circunstâncias judiciais negativas.

2. O Tribunal de origem entendeu pela determinação do regime fechado, utilizando-se, tão somente, de fundamentos genéricos - natureza do crime perpetrado, que integra o rol dos crimes hediondos, e o 'quantum' da pena -, sem apresentar elementos do caso em concreto que viabilizassem o início da reprimenda carcerária no regime fechado, em contrariedade às Súmulas 718 e 719/STF e Súmula 440/STJ.

3. A grave ameaça ou violência, o emprego de arma de fogo e o concurso de agentes são elementos inerentes ao tipo penal e à causa de aumento, não servindo para impor modo de resgate mais gravoso do que aquele previsto no artigo 33, § 2º, do CP, haja vista tais circunstâncias já terem sido sopesadas pelo legislador quando da definição das penas em abstrato (AgRg no REsp n. 1.563.247/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 11/3/2016).

4. Fixada a pena-base no mínimo legal (8 anos - art. 217-A do CP), e não ostentando o agravado antecedentes criminais, é descabida a fixação de regime mais gravoso sem a existência de fundamentação idônea.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES em 27/6/2012, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.

8.072/1990, com a redação que lhe conferiu a Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados. [...] O regime inicialmente fechado, mais severo do que aquele que a reprimenda comporta, foi aplicado sem fundamentação idônea, com fulcro, tão somente, na hediondez do delito, o que vai de encontro com o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal, bem como afronta os enunciados das Súmulas n. 718 e 719/STF e 440/STJ. [...] Na hipótese, fixada a pena-base no mínimo legal, porquanto ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, atestada a primariedade do réu e estabelecido quantum de pena de 8 anos, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, o regime inicial para desconto da sanção deve ser o semiaberto (AgRg no REsp n. 1.831.978/SP, Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 12/12/2019).

6. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.879.278/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 15/12/2020, DJe de 18/12/2020.)

Além disso, consoante destaca o parecer ministerial, apesar da indicação de reincidência do réu, as circunstâncias do caso concreto demonstram que o fato de que se trata de crime praticado sem violência ou grave ameaça, com a subtração de 5 peças de carnes, avaliadas em R\$ 203,38, devidamente restituídas, não havendo que se falar em gravidade concreta da conduta.

Por fim, "[e]sta Corte Superior já esclareceu não haver que se falar em *bis in idem* quando a reincidência é empregada como fundamento para a dosimetria da pena, a fixação do regime prisional e a análise da substituição da pena restritiva de liberdade por restritiva de direitos, porquanto tais institutos são regidos por regramentos distintos" (AgRg no AREsp n. 1.358.292/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª T., DJe 3/12/2018) (AgRg no AREsp n. 2.026.815/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/3/2022, DJe de 28/3/2022).

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso especial para alterar o regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto, mantendo as demais disposições do acórdão em sua integralidade.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0238236-7

REsp 2.084.604 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15101843820208260228 1510184382020826022801
151018438202082602281510184382020826022801
15101843820208260228151018438202082602280122342020 20220000916942
22342020

PAUTA: 18/02/2025

JULGADO: 18/02/2025

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOAQUIM JOSÉ DE BARROS DIAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : DIOGO DA CRUZ DE OLIVEIRA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIELA SINGER CARNEIRO DE ALBUQUERQUE - DEFENSORA
PÚBLICA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu parcial provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.