

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.005.263 - SP (2016/0278980-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **RUBENS EMANOEL BARRETTO RAPOSEIRO JUNIOR**
ADVOGADOS : **EDUARDO FERRARI GERALDES - SP215741**
: **JONATHAN FELICIANO - SP378640**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por **RUBENS EMANOEL BARRETO RAPOSEIRO JUNIOR** contra decisão que negou seguimento ao recurso especial interposto com base no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, em desafio ao acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

"POSSE DE ARMA DE FOGO E RECEPÇÃO DOLOSA - RECURSO DEFENSIVO - ILEGALIDADE DA AÇÃO POLICIAL - INOCORRÊNCIA - LÍCITA A PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRATAR-SE DE CRIME PERMANENTE - PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA, POR COAÇÃO IRRESISTÍVEL OU DESCONHECIMENTO QUANTO À PROCEDÊNCIA DA ARMA - NÃO ACOLHIMENTO - NÃO HOUE ENTREGA ESPONTÂNEA E O PRAZO LEGAL PARA TANTO JÁ SE ENCONTRAVA DECORRIDO - CONDUTA NÃO ABARCADA PELA *ABOLITIO CRIMINIS* TEMPORÁRIA - AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO A INTIMIDAÇÃO OU PROMESSA DE MAL GRAVE - IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE - PENAS ADEQUADAS - REGIME INICIAL SEMIABERTO INADEQUADO À PREVENÇÃO E REPROVAÇÃO - RECURSO NÃO PROVIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - PLEITEADA A FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO - ACOLHIMENTO - NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO - RÉU DUPLAMENTE REINCIDENTE E ARMA DE ALTA PODER DE DANO EXIGEM A FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL MAIS RIGOROSO - RECURSO PROVIDO." (e-STJ, fl. 231.)

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados (e-STJ, fls. 278-285).

Nas razões do recurso especial (e-STJ, fls. 288-301), a defesa aponta violação dos arts. 32 da Lei n. 10.826/2003, 387, § 2º, do Código de Processo Penal, e 33, § 2º, do Código Penal.

Sustenta que: a) a *abolitio criminis* permite a entrega da arma e da munição a qualquer tempo; b) por não ser alvo de investigação, espontaneamente permitiu a entrada dos policiais em sua casa e efetuou a entrega da arma; c) cabe ao Juízo ordinário aplicar a detração para fins de determinação do regime inicial da pena; e d) incabível se utilizar da reincidência, aplicada na segunda e terceira fases, também no regime de cumprimento da pena.

Requer o provimento do recurso com a adoção das teses acima expostas.

Contrarrazões às fls. 303-310 (e-STJ).

A Corte de origem deixou de admitir o recurso especial ante a incidência das Súmulas n. 7 e 211/STJ e 284/STF. Daí este agravo, no qual o insurgente aduz não ser o caso de aplicação das súmulas mencionadas, buscando demonstrar a violação dos dispositivos acima mencionados (e-STJ, fls. 318-339).

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento do agravo e desprovidimento do recurso especial (e-STJ, fls. 363-365).

É o relatório.

Decido.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo e passo ao exame do apelo especial.

a) Art. 32 da Lei n. 10.826/2003

O Tribunal de origem constatou que:

"Enfim, não foi obedecido o prazo em lei. Além disso, não houve entrega espontânea à Polícia Federal, como deveria ter sido feito, tendo o acusado somente apontado o local onde escondia a arma de fogo quando havia policiais dentro de sua residência.

Com efeito, a condenação do réu pela prática do crime previsto no art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03 é medida que se impõe." (e-STJ, fl. 245.)

Cabe consignar que a nova redação do art. 32 do Estatuto do Desarmamento, dada pela Lei n. 11.706/2008, não mais suspendeu, temporariamente, a vigência da norma incriminadora ou ainda instaurou uma *abolitio criminis* temporária, mas criou, em verdade, causa permanente de exclusão da punibilidade desde que verificada a entrega espontânea, o que não ocorreu na espécie, uma vez que, conforme destacado no édito condenatório, o recorrente foi flagrado com a posse da arma e munição em sua casa.

Nesse sentido, o Recurso Especial Representativo da Controvérsia n. 1.311.408/RN assevera que "a causa extintiva da punibilidade, na hipótese legal, consiste em ato jurídico (entrega espontânea da arma), e tão somente se tiver havido a sua efetiva prática é que a excludente produzirá seus efeitos. Se isso não ocorreu, não é caso de aplicação da excludente."

b) Art. 33, § 2º, "b", do Código Penal

No presente caso, considerando-se a reincidência, ao se fazer a dosimetria da pena e ao se fixar o regime prisional fechado, firmou-se:

"Na **segunda etapa**, presentes a agravante da reincidência, em duplicidade, e a atenuante da confissão espontânea, mantenho a operação realizada em primeira instância, e aumento de 1/6 nessa fase, o que resulta na pena de 03 anos e 06 meses de reclusão e 11 dias-multa, em relação ao crime de posse ilegal de arma, e em 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão, e 11 dias-multa, em relação ao crime de receptação.

Na **terceira etapa**, ausentes causas de aumento ou diminuição de pena, é a reprimenda tornada definitiva.

Considerando-se os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal,

pelo *quantum* da reprimenda, e em sendo o acusado reincidente, deve o regime inicial de cumprimento de pena ser imposto no fechado." (e-STJ, fl. 249.)

No que tange à alegação de *bis in idem*, cabe ressaltar que a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que não ocorre a referida ilegalidade quando a reincidência é sopesada tanto para agravar a pena como para justificar o regime aplicado, visto que a fixação do regime prisional não se insere no âmbito da dosimetria da pena.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO QUALIFICADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. UTILIZAÇÃO DE QUALIFICADORA REMANESCENTE COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL SEMIABERTO. FUNDAMENTAÇÃO DO REGIME QUE SE ALICERÇOU NA REINCIDÊNCIA DO PACIENTE. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO POR PENAS ALTERNATIVAS. IMPOSSIBILIDADE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL QUE NÃO RECOMENDA A MEDIDA. ART. 44, INCISO III, DO CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do ARE n. 964.246, submetido à sistemática da repercussão geral, reafirmou o entendimento no sentido de que a "execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal" (ARE n. 964.246/SP, TRIBUNAL PLENO, rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe 25/11/16).

- É possível que "o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto" (AgRg no REsp 143.071/AM, rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 6/5/2015).

- Reconhecida a incidência de duas ou mais qualificadoras, uma delas poderá ser utilizada para tipificar a conduta como delito qualificado, promovendo a alteração do quantum de pena abstratamente previsto, sendo que as demais poderão ser valoradas na segunda fase da dosimetria, caso correspondam a uma das agravantes, ou como circunstância judicial, na primeira das etapas do critério trifásico, se não for prevista como agravante. Precedentes.

- Ao exasperar a pena-base utilizando como fundamento a incidência

de uma das qualificadoras do crime de furto, a Corte local alinhou-se à jurisprudência deste Sodalício, inexistindo, in casu, coação ilegal a ser reconhecida ex officio.

- A fixação do regime prisional segue as regras do artigo 33 do Código Penal. A dosimetria da pena, por sua vez, respeita os critérios definidos pelos arts. 59 e 68 do Código Penal. Assim, inexistente *bis in idem* quando a reincidência é utilizada para agravar a pena, na segunda fase da dosimetria, e, novamente, para fundamentar o regime mais gravoso.

- A presença de vetorial negativa - circunstância qualificadora deslocada - torna não recomendável a substituição da prisão por penas restritivas de direitos, conforme o art. 44, inciso III, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido." (HC 463.769/SP, rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, j. 4/9/2018, DJe 13/9/2018.)

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA SANÇÃO. REEXAME DE PROVAS. DESNECESSIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU REINCIDENTE. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O entendimento desta Corte é assente no sentido de que não ofende o princípio da colegialidade a prolação de decisão monocrática pelo relator, quando estiver em consonância com súmula ou jurisprudência dominante desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. 2. No caso, a questão relativa à fixação do regime de cumprimento inicial da sanção envolve o exame de matéria exclusivamente de direito.

3. Estabelecida a pena em patamar superior a 4 anos e não superior a 8 anos e considerando a reincidência do réu, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto ou semiaberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP.

4. Nada obsta que a reincidência, mesmo já tendo sido levada em conta em uma fase da dosimetria, seja considerada no momento de fixação do regime.

5. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 787.794/MT, rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, j. 2/5/2017, DJe 8/5/2017.)

Incidência, na espécie, da Súmula n. 83/STJ.

c) Art. 387, § 2º, "b", do Código Penal

A irresignação, nesta parte, merece acolhimento.

Ao analisar a controvérsia, a Corte de origem assim se manifestou no julgamento dos embargos de declaração:

"No tocante à detração penal, entendo inadmissível a aplicação do art. 387, § 2º, em sede recursal.

Embora tenha ocorrido alteração legislativa, a análise da detração continua a ser matéria de competência do Juízo da Execução

Criminal, que possui maiores informações acerca do efetivo tempo que os sentenciados permaneceram reclusos.

Constantes dos autos apenas dados de prova relativos à autoria, vida pregressa e materialidade do delito, impossível aferir se existem outras condenações cujo cumprimento da pena deva preceder à imposta nos presentes autos, ou se, eventualmente foi o embargante punido disciplinarmente por fato cometido durante o tempo da prisão processual, circunstâncias que obstaríam eventual concessão de detração, ou mesmo a progressão de regime." (e-STJ, fls. 282-283.)

Entretanto, vale anotar, inicialmente, que o instituto em questão **refere-se à definição do modo inicial de cumprimento de pena, e não se confunde com a progressão de regime, elencada no art. 65, "b", da LEP**, cuja norma garante ao sentenciado, já na execução definitiva da pena, o benefício da transferência ao regime mais brando, quando preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos legalmente previstos (art. 122 da LEP, 83 do CP, etc).

Com efeito, a detração prevista no art. 387, § 2º, do CPP, de competência do Juiz sentenciante, deve ser realizada, no momento da prolação do édito condenatório, considerando-se, apenas, **o tempo de prisão provisória do réu, naquele mesmo processo.**

A propósito:

"[...]

1. O Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de que o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal se refere ao regime inicial de cumprimento de pena e não possui relação com o instituto da progressão de regime, devendo o juiz sentenciante verificar a possibilidade de se fixar um regime mais brando de acordo com a detração no caso concreto. Sendo assim, não há falar em análise dos requisitos objetivos e subjetivos, até porque tal exame implicaria invasão da competência do Juízo de Execuções, prevista no art. 66, III, *b*, da Lei n. 7.210/1984.

2. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1.540.451/DF, rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 5/11/2015.)

"[...]

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que o disposto no § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 12.736/2012, refere-se ao regime inicial de cumprimento de pena, e não à progressão, própria da execução penal, competindo, portanto, ao juízo de conhecimento a análise da possibilidade de se estabelecer um regime inicial mais brando, observada a detração no caso concreto. Precedentes.

2. Assim, cabe ao Magistrado sentenciante 'descontar da pena privativa de liberdade imposta ao condenado o período de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação. Se, com o tempo descontado, à luz do art. 33, § 2º, do Código Penal, for possível a alteração do regime, poderá o juiz estabelecer novo regime inicial de cumprimento, se as circunstâncias do art. 59 do Código Penal assim recomendarem' (HC 307.521/SP, Rel. Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME - Desembargador

Convocado do TJ/SP - DJe 3/12/2014).

3. Agravo regimental não provido." AgRg no AREsp 627.082/DF, rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 11/11/2015.)

Desse modo, caberia ao Tribunal de origem, no exame da detração prevista no art. 387, § 2º, do CPP, a aferição, **tão somente**, do tempo de prisão cautelar do réu, para que se verificasse a possibilidade de fixação de regime mais brando, sem falar em qualquer dos índices do art. 122 da LEP.

Ante o exposto, nos termos do art. 932, VIII, do Código de Processo Civil de 2015, c/c o art. 253, parágrafo único, II, "c", do RISTJ, **conheço** do agravo para **dar parcial provimento** ao recurso especial para determinar que o Tribunal de origem proceda ao desconto do tempo de prisão cautelar do recorrente, nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, e, sendo assim, verifique o regime prisional cabível.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 20 de fevereiro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator