AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.416.643 - SP (2018/0332652-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE	:	REGINALDO ALMEIDA SANTOS
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO MARIANA BORGHERESI DUARTE - DEFENSORA PÚBLICA - SP328878
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por **REGINALDO ALMEIDA SANTOS** contra decisão que não admitiu recurso especial ofertado de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Sustenta a defesa, nas razões do recurso especial, violação dos artigos 59 e 64, I, ambos do Código Penal, e 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Defende a possibilidade de se afastar a vetorial atinente aos maus antecedentes da fixação da pena-base, uma vez que as condenações consideradas para aumento da referida pena já se extinguiram há mais de cinco anos.

Aduz que, "acolhido o pedido anterior, sendo a pena privativa de liberdade igual ou inferior a quatro anos, e observando-se a realidade de a maioria das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal favorecem-no, postula-se a fixação do regime inicial diverso do fechado para desconto da pena privativa de liberdade" (e-STJ, fl. 268).

Obtempera que "o v. acórdão recorrido deixou de analisar o tempo o em que o Recorrente esteve preso pelo crime que lhe é imputado" (e-STJ, fl. 270).

Por fim, requer a redução da pena-base, excluindo-se a circunstância judicial dos maus antecedentes, e a fixação de regime inicial diverso do fechado.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ, fls. 279-296).

O recurso não foi admitido com fundamento por falta de prequestionamento da matéria e pela incidência da Súmula 7/STJ (e-STJ, fls. 298-299). Daí este agravo (e-STJ, fls. 309-313).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do agravo, ou, caso superada essa fase, pelo seu desprovimento (e-STJ, fls. 340-341).

É o relatório.

Decido.

O Tribunal de origem manteve o incremento da pena-base em virtude dos maus antecedentes e o regime inicial fechado, nos seguintes termos:

> "Inviável a fixação da base no mínimo, já que os maus antecedentes confirmados por certidão nos autos devem ser considerados nessa fase.
> Quanto ao regime de cumprimento da pena, fica mantido o regime fechado, em razão da reincidência do réu, específica, aliás, circunstâncias e consequências do delito. Nada a reconsiderar." (e-STJ, fl. 246).

Quanto ao pleito de diminuição da pena-base, este Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento consolidado no sentido de que condenações criminais

anteriores com mais de cinco anos de extinção da pena, embora não tenham o condão de gerar reincidência, podem ser sopesadas, no momento da fixação da pena-base, para dosar a reprimenda, a título de maus antecedentes.

Nesse sentido:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES CRIMINAIS COM MAIS DE 5 ANOS. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL SEMIABERTO. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU COM MAUS ANTECEDENTES. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
> 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, as condenações criminais alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, contudo, não impedem a configuração de maus antecedentes, autorizando o aumento da pena-base acima do mínimo legal.
> [...]
> 3. Agravo regimental não provido."
> (AgRg no AREsp 1199049/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe 19/02/2018).
>
> "PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 59 DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONDENAÇÃO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO. MAIS DE CINCO ANOS. PERÍODO DEPURATIVO. UTILIZAÇÃO PARA NEGATIVAR OS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DO REDUTOR. DEMAIS PLEITOS PREJUDICADOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
> 1. **'Segundo entendimento desta Corte, o período depurador de cinco anos afasta a reincidência, mas não retira os maus antecedentes' (HC 281.051/MS, minha relatoria, SEXTA TURMA, DJe 28/11/2013).**
> 2. A existência de maus antecedentes justifica a negativa da aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento."
> (AgRg no AREsp 912.007/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016 – grifou-se).

Desta forma, incide à presente hipótese a Súmula 83/STJ, *in verbis*: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se

firmou no mesmo sentido da decisão recorrida." Frise-se que "esse óbice também se aplica ao recurso especial interposto com fulcro na alínea *a* do permissivo constitucional" (AgRg no AREsp 475.096/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 19/08/2016).

No que concerne ao abrandamento do regime, melhor sorte não assiste ao agravante.

Observa-se que o recorrente foi condenado a pena de 4 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado para cumprimento inicial da pena, que foi devidamente fundamentado consoante dispõe o art. 33, e parágrafos, do Código Penal e a Súmula 269/STJ, não havendo, portanto, qualquer desproporcionalidade na imposição do meio inicialmente mais gravoso para o desconto da reprimenda, pois, nada obstante ser a pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a circunstância judicial desfavorável do art. 59 do Código Penal (maus antecedentes) implicou majoração da pena-base, tendo, ainda, sido reconhecida a sua reincidência.

A propósito:

> "[...]
> 1. Não se presta o recurso especial à revisão da dosimetria da pena estabelecida pelas instâncias ordinárias. Admite-se, contudo, o reexame quando configurada manifesta violação dos critérios dos arts. 59 e 68 do CP, sob o aspecto da legalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.
> 2. Mostra-se válido o aumento da pena-base em 6 meses acima do mínimo legal, ao fundamento de que o réu se encontrava cumprindo pena em regime semiaberto quando da prática do delito.
> 3. Admite-se a fixação de regime prisional fechado ao réu reincidente, condenado à pena inferior a 4 anos, se a pena-base é estabelecida acima do mínimo legal.
> 4. Agravo regimental improvido."
> (AgRg no REsp 1.558.372/SP, Min. Rel. NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 16/06/2016).
>
> "[...]
> 1. Recurso especial interposto fora do prazo legal.
> 2. Inocorrência de nulidade flagrante, hábil a autorizar a concessão de *habeas corpus* de ofício, o que somente é possível em casos excepcionais, quando a ilegalidade se mostra primo oculi. No caso, a imposição do regime fechado ao apenado, ainda que a pena seja menor que quatro anos, decorreu da presença de circunstâncias judiciais negativas e da reincidência, sendo inaplicável a Súmula 269 do STJ.
> 3. Alegação de insignificância do delito não conhecida, uma vez que a matéria não chegou sequer a ser discutida pelo Tribunal *a quo*, sob pena de indevida supressão de instância.
> 4. Agravo regimental não provido."
> (AgRg nos EDcl no AREsp 648.240/SC, Min. Rel. GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 17/03/2016).

No que tange à detração, a Lei n. 12.736/2012 alterou o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal determinando que o tempo da prisão provisória deverá ser

computado para fixação do regime inicial de cumprimento de pena pelo juiz sentenciante, *in verbis:*

> "Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:
> [...]
> § 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei n. 12.736, de 2012)."

Assim, não há falar, *in casu*, em progressão de regime. Confira-se:

> "A questão, no caso, não é de execução penal, mas de fixação do regime inicial de cumprimento de pena a ser imposto pelo Juízo singular - o da condenação - por ocasião da sentença, quando se computará o período em que o réu permaneceu preso provisoriamente para fins de escolha do modo inicial de execução da sanção, por intenção e determinação do legislador.
> **Da mesma forma deve se dar quando da análise da questão pelo Tribunal em sede de recurso com efeito devolutivo."**
> (AgRg no AREsp 652.915/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 9/03/2016, grifou-se).

Ilustrativamente:

> "[...]
> 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).

> "[...]
> 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).

No caso, o acórdão foi prolatado após 30/11/2012 (data de publicação da Lei n. 12.736/2012), devendo, portanto, ser observado o tempo de prisão temporária para fixação do regime inicial de cumprimento da reprimenda.

No entanto, na análise do aresto impugnado, verifica-se que não houve ofensa ao art. 387, § 2º, do CPP, porquanto o Tribunal *a quo* considerou o tempo de prisão provisória cumprido pelo recorrente na fixação do regime inicial. É o que se extrai do seguinte trecho do acórdão:

> "Por fim, com relação ao disposto no art. 387, § 2°, do Código de Processo Penal, com a redação alterada pela Lei n° 12.736, de 30 de novembro de 2012, o**bserve que, não obstante o tempo decorrido de prisão provisória, dadas as circunstâncias do delito e do apelante, o decorrer do tempo não autorizaria, por si só, a imposição de regime prisional mais brando**; ademais, entendo necessária a análise dos requisitos objetivos e subjetivos pelo Juiz das Execuções para a concessão do referido benefício." (e-STJ, fl. 246, grifou-se).

Portanto, o pleito de detração da pena encontra-se prejudicado.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c art. 253, parágrafo único, II, "b", do RISTJ, **conheço** do agravo para **negar provimento** ao recurso especial e julgá-lo prejudicado quanto à detração da pena.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 21 de fevereiro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator