AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.393.167 - SP (2018/0291564-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE	:	JOAO CAMARA JUNIOR
AGRAVANTE	:	SERGIO MUNHOZ ARGUDO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO VICTOR LUIZ OLIVEIRA DA PAZ - DEFENSOR PÚBLICO - BA033512
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por **JOÃO CÂMARA JUNIOR E SÉRGIO MUNHOZ ARGUDO** contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que não admitiu o recurso especial manejado com apoio no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, em oposição a acórdão assim ementado (e-STJ, fl. 218):

> "Apelação - Furto qualificado tentado (art. 155, § 4º, II e IV, c.c 14, II, CP) - Absolvição por insuficiência probatória - Impossibilidade - Prova segura decorrente dos depoimentos das testemunhas de acusação, havendo, ademais, apreensão da *res* em poder dos acusados - Qualificadoras da escalada e concurso de agentes bem demonstradas pela prova técnica e oral - *Iter criminis* percorrido a justificar a redução de metade - Reincidência específica de corréu a justificar a imposição do regime inicial semiaberto e a não substituição por restritiva de direitos - Inaplicabilidade do art. 387, § 2º, do CPP - Pleito de indulto afeto ao juízo da execução - Recursos desprovidos."

A defesa aponta violação dos arts. 155 e 44, ambos do CP, e 387, § 2º, do CPP.

Alega, inicialmente, que devem ser afastadas as qualificadoras do concurso de agentes e escalada, pois não houve um ajuste de vontades prévio entre eles, que, segundo alega, nem mesmo se conheciam. Afirma que o muro do estabelecimento da vítima tinha somente 1,70 m de altura e que não há provas acerca da escalada.

Assevera que o agravante JOÃO faz jus à detração da pena, para que seja fixado o regime inicial aberto; e que este, embora reincidente, tem direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, § 3º, do CP.

Requer o provimento do recurso, "para reconhecer a violação dos dispositivos referidos e afastar as qualificadoras, aplicar o regime aberto, e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos" (e-STJ, fl. 272).

Foram apresentadas contrarrazões (e-STJ, fls. 275-282).

O recurso foi inadmitido em razão da incidência dos óbices das Súmulas 7 do STJ e 284 do STF (e-STJ, fls. 285-286). Daí este agravo (e-STJ, fls. 298-303).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo "conhecimento e provimento parcial do agravo para, nessa extensão, ser conhecido e desprovido o recurso especial" (e-STJ, fls. 326-330).

É o relatório.

Decido.

A pretensão recursal não merece acolhimento.

Consta dos autos que os recorrentes foram condenados como incursos no art. 155, § 4º, II e IV, c.c. art. 14, II, do CP às penas de 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 6 (seis) dias-multa (JOÃO) e 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, em regime aberto, mais o pagamento de 6 (seis) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (SÉRGIO).

A sentença condenatória, confirmada pelo Tribunal *a quo*, reconheceu que o furto foi praticado mediante concurso de agentes e escalada, com base nos seguintes fundamentos (e-STJ, fls. 113-114, com destaque):

> "No mais, restou comprovada nos autos a qualificadora do concurso de agentes.
> **A prova oral produzida durante a instrução criminal demonstrou com segurança que os réus agiram previamente ajustados e com unidade de desígnios**. Isso porque, considerando as **declarações da vítima e os depoimentos das testemunhas**, restou evidente que os acusados agiram em conjunto na empreitada criminosa, com divisão de tarefas, objetivando subtrair bens do estabelecimento da vítima.
> Com relação à qualificadora da escalada, também restou comprovada nos autos.
> Tem-se que para o reconhecimento da qualificadora da escalada deve-se comprovar que o agente ingressou no imóvel por meio anormal, que exige um esforço incomum do agente. Ou seja, deve-se comprovar que o agente teve certa dificuldade para transpassar a barreira.
> Pois bem, no caso dos autos, **a prova oral e o laudo pericial de fls. 73 revelaram, sem dúvidas, que para os réus ingressassem no estabelecimento foi necessário esforço incomum. Isto porque, o laudo pericial demonstrou que os réus pularam um muro de aproximadamente 2,20 metros**, o que evidentemente exige um esforço incomum.
> Logo, restaram comprovadas as qualificadoras."

Nesse contexto, a alteração do julgado, a fim de reconhecer que os acusados não agiram previamente ajustados e com unidade de desígnios, e que não necessitaram impor esforço maior que o comum para adentrarem o estabelecimento, – tal como pleiteado pela defesa – demandaria necessariamente nova incursão no acervo fático e probatório dos autos, providência inviável nesta via especial, a teor do que dispõe a Súmula 7/STJ.

A propósito:

> "PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO MONOCRÁTICO PELO RELATOR. POSSIBILIDADE. CRIME DE ROUBO. DESCLASSIFICAÇÃO. CONCURSO DE AGENTES. EXCLUSÃO DA AGRAVANTE. IMPOSSIBILIDADE NO CASO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.
> [...]

> 2. O Tribunal de origem foi categórico em afirmar que os acusados agiram com unidade de desígnios na prática do crime, o qual teria sido praticado mediante emprego de violência e grave ameaça à vitima.
> 3. No caso, a alteração do julgado, no sentido de desclassificar o crime de roubo para furto, bem como para afastar a qualificadora do concurso de agentes, implicaria reexame do material fático-probatório dos autos, providência inviável nesta sede recursal, a teor do que dispõe o enunciado da Súmula 7/STJ.
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento."
> (AgRg no AREsp 796.040/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 10/10/2016).
>
> "[...]
> 3. O Tribunal de origem reconheceu a qualificadora do concurso de pessoas no furto em questão em face do contexto fático-probatório construído nos autos. Rever o acórdão recorrido, nesta parte, resultaria, portanto, em ofensa ao óbice da Súmula 7/STJ.
> [...]
> 5. Agravo regimental não provido."
> (AgRg no REsp 1331942/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 25/05/2016).
>
> "PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO. INCIDÊNCIA DE QUALIFICADORAS. VIOLAÇÃO DE OBSTÁCULO À SUBTRAÇÃO DA COISA. ESCALADA. NECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL. ARTIGOS 158 E 167 DO CPP. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7-STJ. DISSÍDIO PRETORIANO NÃO DEMONSTRADO.
> I - A constatação de eventual violação a obstáculo ou escalada, no caso concreto, demandaria inevitavelmente incursões em matéria fático-probatória (v.g. prova testemunhal), o que é vedado na presente via (Súmula n. 07 - STJ) (Precedente).
> [...]
> Recurso não conhecido."
> (REsp 738.280/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2005, DJ 07/11/2005).

Quanto à alegada violação do art. 387, § 2º, do CPP, em relação ao primeiro recorrente (JOÃO), assim consignou o Juiz de 1º grau (e-STJ, fls. 115-116):

> "No mais, não obstante a pena aplicada ao réu e o tempo da prisão provisória do réu (preso desde 08 de julho de 2015 fls. 02), considerando que o réu ostenta antecedentes, não é possível neste momento apreciar se o réu faz jus à progressão de regime prisional, de forma que eventual progressão de regime será apreciada oportunamente pelo juízo da execução. Destaco que as alterações trazidas pela Lei n. 12.736/2012, que acrescentou o § 2º, ao artigo 387 do CPP, não revogaram os dispositivos da LEP, que devem ser considerados para a progressão de regime prisional. Logo, para a progressão de regime não basta apenas a consideração do tempo de prisão provisória, devendo ser preenchidos os requisitos legais

> dispostos na LEP."

Por sua vez, o Tribunal de origem enfrentou o tema objeto do recurso especial da seguinte forma (e-STJ, fl. 223):

> "Não se cogita aplicar a detração penal, prevista na Lei n. 12.736/12, que deu nova redação ao artigo 387 do Código de Processo Penal, em razão de ser necessária a aferição do requisito subjetivo, que só pode ser feita em sede de execução, não bastando o tempo de prisão provisória cumprida para a obtenção de tal benesse, porquanto se estaria negando vigência ao que estabelece o artigo 112 da Lei de Execuções Penais, acarretando a nulidade indicada no artigo 564, inciso I, do Código de Processo Penal."

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, ainda que se proceda à análise do período em que o agravante esteve preso provisoriamente, não haveria alteração do regime prisional em razão do disposto no art. 387, § 2º, do CP. Isso porque a reincidência do réu JOÃO e a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis impedem a aplicação do regime inicial diverso do estabelecido pelas instâncias ordinárias para o desconto da reprimenda que lhe foi imposta.

A propósito:

> "[...]
> 2. Não há violação do art. 387 do CPP, pois ainda que descontado o período de prisão cautelar da pena privativa de liberdade imposta - 1 mês e 12 dias de detenção, conforme alegado pelo recorrente (fl. 950) -, não haveria alteração do regime inicial fixado, tendo em vista tratar-se de réu reincidente.
> 3. Embargos infringentes e de nulidade não conhecidos, tendo em vista que não houve decisão por maioria, no julgamento da apelação.
> Agravo regimental desprovido."
> (AgRg no REsp 1544401/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 13/06/2018).
>
> "[...]
> 4. Quanto ao regime prisional, em pese tenha sido imposta a reprimenda de 4 anos de reclusão e a pena-base ter sido estabelecida no piso previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador, tratando-se de réu reincidente, não há falar em fixação do regime

> prisional aberto, por não restarem preenchidos os requisitos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal. Inteligência do art. 33, § 2º, "c", do CP e da Súmula 269/STJ.
> 5. **Não há falar em alteração do regime prisional em razão do disposto no art. 387, § 2º, do CP, pois a reincidência do paciente impede a aplicação do regime inicial aberto para o desconto da reprimenda que lhe foi imposta.**
> 6. Writ não conhecido."
> (HC 404.786/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 21/09/2017, DJe 27/09/2017, grifou-se).
>
> "PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. DETRAÇÃO DO PERÍODO DE PRISÃO CAUTELAR. NÃO ALTERAÇÃO DO PATAMAR PREVISTO NO ARTIGO 33, § 2º, CP. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
> 1. O § 2.º do art. 387 do CPP, com redação dada pela Lei n. 12.736/12, não guarda relação com o instituto da progressão de regime, revelado na execução penal, eis que o legislador cuidou de abranger o referido dispositivo no Título XII - Da Sentença. Diante de tal fato e em razão do próprio teor do dispositivo, que se refere a regime inicial de cumprimento de pena, incumbe ao juiz sentenciante a verificação da possibilidade de se estabelecer um regime inicial mais brando, tendo em vista a detração no caso concreto. Notabiliza-se que o mencionado artigo não evidencia progressão de regime, motivo pelo qual não há falar em exame dos critérios objetivo (lapso temporal) e subjetivo (comportamento carcerário), até porque tal avaliação invadiria a competência do Juízo das Execuções prevista no art. 66, III, b, da Lei de Execuções Penais.
> 2. No caso concreto, por ocasião da fixação do regime semiaberto, a pena já se encontrava no menor patamar (inferior a quatro anos), daí porque não há como alterar o regime de cumprimento mesmo se considerado o tempo de prisão cautelar.
> 3. Agravo regimental improvido."
> (AgRg no REsp 1712722/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018).

Por fim, quanto à alegada violação do art. 44, § 3º, do CP, em relação ao agravante JOÃO, o pleito igualmente não prospera.

Ainda que o acusado seja reincidente, o art. 44, § 3º, do Código Penal admite a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que, em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendada e a reincidência não tenha se operado em razão da prática do mesmo delito.

No caso, contudo, em face da reincidência específica (e-STJ, fl. 223), é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Ilustrativamente:

> "PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 44, § 3º, DO CÓDIGO

PENAL. ACÓRDÃO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE. REGIME INICIAL. SÚMULA N. 269/STJ. INAPLICABILIDADE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. **O pedido de declaração de inconstitucionalidade da vedação de concessão de pena restritiva de direito a reincidentes específicos não merece prosperar. A uma, porque a orientação adotada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo encontra-se em perfeita harmonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema - no sentido de que é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando comprovada a reincidência específica do condenado.** A duas, porque a análise de suposta ofensa ao princípio da individualização da pena, com base na alegação de inconstitucionalidade do art. 44, § 3º, do Código Penal, não compete ao Superior Tribunal de Justiça no julgamento de recurso especial, sob pena de usurpação da competência atribuída à Corte Suprema.

2. Em relação ao regime inicial de cumprimento da pena, por se tratar de ré reincidente e portadora de maus antecedentes, mostra-se adequada a manutenção do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § § 2º e 3º, do Código Penal. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp 1650127/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 18/04/2018, grifou-se).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRABANDO. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REINCIDÊNCIA GENÉRICA. PRÁTICA REITERADA DE DELITOS. MEDIDA NÃO RECOMENDÁVEL.

1. **O art. 44, § 3º, do Código Penal admite a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos em casos de reincidência não específica** e desde que a medida seja socialmente recomendável.

2. A finalidade da norma é evitar o encarceramento daqueles que possuem uma pequena pena a cumprir, ainda que reincidentes.

3. Hipótese em que, ainda que a reincidência não tenha se operado em virtude da prática do mesmo crime, o réu registra três condenações criminais transitadas em julgado, o que denota que vem cometendo delitos reiteradamente, razão penal qual a adoção de sanções alternativas não constituiu medida suficiente e adequada para a prevenção e reprovação do delito.

4. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 1710746/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 04/05/2018, com destaque).

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.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

MINISTRO **RIBEIRO DANTAS**
Relator