

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.474.499 - SP (2019/0094460-2)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
AGRAVANTE : **FABRICIO CELESTRINO CONCEICAO**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - DEFENSOR PÚBLICO -
SP227133
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 387, § 2º, DO CPP. SUPOSTA ILEGALIDADE NO REGIME INICIAL DE PENA, ANTE A AUSÊNCIA DE DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. AUSÊNCIA DE INTERESSE. RÉU REINCIDENTE. CIRCUNSTÂNCIA QUE, POR SI SÓ, JUSTIFICA A FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. SÚMULA 269/STJ.

Agravo conhecido para não conhecer do recurso especial.

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial (com fundamento no art. 105, III, *a*, da CF) apresentado contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação Criminal n. 1501125-77.2017.8.26.0536), que manteve a condenação de **Fabrizio Celestrino Conceição**, pela prática do crime de furto simples, à pena de 1 ano e 2 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 11 dias-multa. Eis a ementa do acórdão (fl. 386):

APELAÇÃO. Furto simples. Recurso defensivo. Autoria e materialidade bem demonstradas. Pleito de reconhecimento da modalidade tentada do delito. Não cabimento. Inversão da posse da res, ainda que por breve tempo. Condenação mantida. Dosimetria. Pena bem fixada. Maus antecedentes. Possibilidade de consideração de condenação como maus antecedentes após o período depurador da reincidência. Não configuração de bis in idem. Maior reprovabilidade da conduta do agente que reitera na prática delitiva. Condenações distintas utilizadas para comprovar reincidência e maus antecedentes. Regime semiaberto mantido em razão da reincidência e dos maus antecedentes do réu. Aplicação da detração prevista no art. 387, § 2º, do CPP, com a fixação de regime inicial mais brando. Inviabilidade. Ausência de elementos suficientes para concessão da benesse. Pleito que deve ser submetido ao Juízo das Execuções Criminais. Recurso improvido.

Nas razões do recurso especial, a defesa do agravante alegou que a Corte de origem violou o disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, pois, diante do *quantum* da pena, o recorrente poderia iniciar o cumprimento da pena em regime mais brando, tendo o Tribunal a quo ignorado que, com a detração do tempo de prisão

cautelar cumprida, seria possível a fixação do regime aberto para o restante da pena (fls. 401/405).

Na origem, o recurso foi inadmitido com fundamento na Súmula 7/STJ (fl. 416). Contra o *decisum* a defesa interpôs o presente agravo (fls. 423/425).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do recurso especial (fls. 448/450).

É o relatório.

O agravo preenche os requisitos de admissibilidade. No que se refere ao recurso especial em si, o reclamo é inadmissível, pois carece de interesse.

Ora, 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 (AgRg no AREsp n. 627.082/DF, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 11/11/2015).

Ocorre que, no caso, **ainda que a detração do tempo de prisão cautelar fosse efetivada, seria inviável a fixação do regime aberto, como pretendido pelo agravante, ante a reincidência verificada.**

Nesse sentido, confirmam-se:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL. ART. 387, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. RECORRENTE REINCIDENTE. SÚMULA N. 269 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. REGIME INICIAL ABERTO DESCABIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. É certo que o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal - CPP, acrescentado pela Lei n. 12.736/2012, determina que o tempo de segregação cautelar deve ser abatido da pena estipulada para fins de imposição do regime prisional inicial na sentença condenatória. Tal previsão legal, todavia, não se confunde com o instituto da progressão de regime, próprio da execução penal.

2. **No caso em tela, o regime inicial semiaberto foi imposto em razão da reincidência, conforme Súmula n. 269/STJ, pois irrelevante o fato da pena a**

cumprir ser inferior a 4 anos.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.719.328/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 19/2/2019)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO. RÉU REINCIDENTE. PENA DEFINITIVA IGUAL A 4 ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 269 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- Na hipótese, torna-se irrelevante o aproveitamento do tempo de pena cumprida em caráter provisório, em observância ao art. 387, § 2º, do CPP, porquanto a pena da paciente, inferior a 4 anos, está entre as balizas previstas no art. 33, § 2º, "c", do Código Penal, sendo que o regime semiaberto, imediatamente mais gravoso, está pautado em fundamentação própria, tendo em vista a reincidência, o que transcende o quantum de pena aplicada, sendo irrelevante a aplicação do instituto da detração.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para aplicar o regime inicial semiaberto para o início do cumprimento de pena, devendo a prisão provisória da paciente ser compatibilizada com o referido regime.

(HC n. 435.885/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 12/4/2018)

Em face do exposto, **conheço** do agravo para **não conhecer** do recurso especial.

Publique-se.

Brasília, 11 de junho de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator