

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.838.378 - SP (2019/0277098-7)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
RECORRENTE : ANA CLAUDIA SANTOS GUIMARAES
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
WILD AFONSO OGAWA FILHO - DEFENSOR PÚBLICO -
RS086384B
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVANTE : MARCELO VIEIRA DA SILVA
ADVOGADO : FERNANDO MENEZES NETO - SP305683
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por **MARCELO VIEIRA DA SILVA** contra decisão que inadmitiu o recurso especial fundado no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República e proposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado pelo delito de tráfico de drogas, caracterizado pela apreensão de **1,008kg (um quilo e oito gramas) de maconha**, às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, e 583 dias-multa.

A defesa apelou, mas o Tribunal de origem negou provimento ao recurso nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 1.218):

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - Ré que se conforma com a condenação e busca apenas a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência - Impossibilidade - Quanto aos recursos dos corréus, autoria e materialidade do delito comprovadas - Negativa dos réus isolada - Depoimentos dos policiais firmes e sem desmentidos - Ausência de motivos para dúvidas acerca da veracidade de suas palavras - Pedido de desclassificação para o crime previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 - Impossibilidade - Circunstâncias da apreensão que evidenciam a destinação à mercancia - Conjunto probatório suficiente para manter a condenação pelo tráfico - Penas e regimes prisionais fixados com critério e corretamente - Pedido de restituição do dinheiro apreendido - Inviabilidade - Recursos desprovidos.

Nas razões do apelo nobre, a defesa requer sejam afastados os maus antecedentes em razão de já terem sido alcançados pelo período depurador de que trata o

Superior Tribunal de Justiça

art. 64, I, do Código Penal.

Com o afastamento dos maus antecedentes, requer a incidência do privilégio do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Pleiteia, ainda, a fixação do regime semiaberto com a observância do que dispõe o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Contrarrazões às e-STJ fls. 1.294/1.304.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso (e-STJ fls. 1.305/1.314).

É o relatório.

Decido.

Assiste parcial à defesa.

O Tribunal de origem manteve a negatificação dos antecedentes do recorrente pela existência de condenação pretérita já alcançada pelo período depurador previsto no art. 64, I, do Código Penal e, assim, elevou a pena-base como se vê destes transcritos (e-STJ fl. 1.229):

Para Ana Cláudia, a base foi assentada no mínimo legal; e **para Marcelo e Valdir a básica deles foi fixada acima do mínimo legal, na fração de 1/6 (um sexto), em razão dos seus maus antecedentes** (cf. folha de antecedentes de fls. 552/553 e 582/586).

Ressalte-se que **não há disposição legal prevendo que a condenação com trânsito em julgado superior a 05 (cinco) anos não possa ser utilizada como prova de mau antecedente, como ocorre com a reincidência (artigo 64, inciso I, do Código Penal), e como também busca a defesa de Marcelo.** (Grifei.)

O Superior Tribunal de Justiça passou a adotar o entendimento de que, *"quando os registros da folha de antecedentes do réu são muito antigos, [...], admite-se o afastamento de sua análise desfavorável, em aplicação à teoria do direito ao esquecimento. Não se pode tornar perpétua a valoração negativa dos antecedentes, nem perenizar o estigma de criminoso para fins de aplicação da reprimenda, pois a transitoriedade é consectário natural da ordem das coisas. Se o transcurso do tempo impede que condenações anteriores configurem reincidência, esse mesmo fundamento -*

Superior Tribunal de Justiça

o lapso temporal - deve ser sopesado na análise das condenações geradoras, em tese, de maus antecedentes" (REsp n. 1707948/RJ, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/4/2018, DJe 16/4/2018).

Por oportuno, ressalto que tal inteligência também foi legitimada em recente julgamento do HC n. 162305/SP, pelo relator Ministro GILMAR MENDES (Dje de 1º/10/2018), afirmando que *"a possibilidade de sopesarem-se negativamente antecedentes criminais, sem qualquer limitação temporal, ad aeternum, em verdade, mostra-se pena de caráter perpétuo revestida de legalidade. Dessa forma, entendo que, decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes."*

Assim, a particularização das reprimendas impostas ao recorrente pela prática do crime de tráfico de drogas passa a ser revista.

Em decorrência do decote dos maus antecedentes, a pena-base fica reduzida para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na segunda fase, à falta de causas atenuantes ou agravantes, as penas ficam mantidas no patamar de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Quanto ao privilégio do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, as instâncias locais deixaram de reconhecê-lo ao recorrente MARCELO VIEIRA DA SILVA em razão dos seus maus antecedentes e da relevante quantidade de droga – que levou à conclusão do seu envolvimento com atividades criminosas (e-STJ fl. 897).

Contudo, nas razões do recurso especial, a defesa não impugnou esse fundamento relativo à quantidade de droga para negar o redutor da pena, o que faz atrair de modo insuperável o óbice da Súmula n. 283/STF.

Assim, na terceira fase, à míngua de causa de aumento ou de diminuição, fica a sanção mantida em **5 anos de reclusão e 500 dias-multa**.

Quanto ao regime, a Corte local fixou o mais severo com lastro na reincidência, nos maus antecedentes e na relevante quantidade de droga apreendida (e-STJ fl. 1.231):

Superior Tribunal de Justiça

O regime inicial fechado, estabelecido na r. decisão recorrida, era mesmo devido, único cabível ao caso concreto, uma vez que os apelantes **são reincidentes e possuidores de maus antecedentes, a denotar maior periculosidade, já que as condenações anteriores e definitivas não foram suficientes para frear seus impulsos antissociais.** Ademais, em que pese o montante das reprimendas corporais aplicadas, **a gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade do entorpecente apreendido, não autoriza, também a meu ver, a imposição de regime prisional mais brando** (cf. artigo 33, § 3º, do Código Penal); ainda que não se considere que o crime por eles ora perpetrado seja equiparado aos hediondos.

Consigne-se que, ao contrário do alegado pela defesa de Valdir e Ana Cláudia, **a reincidência é óbice à fixação de regime inicial mais brando, porquanto prevê a alínea "b" do § 2º do artigo 33 do Código Penal que o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 04 (quatro) anos e não exceda a 08 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto.**

Porém, nas razões do recurso especial, a defesa não impugnou o fundamento pertinente à quantidade de droga para fixar o regime mais severo, tendo se restringido a rebater o relativo à reincidência e aos maus antecedentes.

Diante desse quadro, por mais uma vez, o óbice da Súmula n. 283/STF mostra-se insuperável.

Portanto, o regime fechado fica mantido.

No mais, quanto ao pleito de compensação do período de prisão provisória, com razão a defesa.

É que este Tribunal já decidiu, por mais de uma vez, que o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não versa sobre progressão de regime prisional, instituto próprio da execução penal, mas sim acerca da possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado.

Nesse sentido, recente decisão da Sexta Turma deste Tribunal Superior:

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.º 12.736/12, não guarda relação com o instituto da progressão de

Superior Tribunal de Justiça

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, grifei)

Ressalto, nesse sentido, que o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal determina que *"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"*.

Partindo-se da análise do supramencionado dispositivo legal, formou-se consolidado entendimento desta Corte de que cabe ao órgão prolator da decisão condenatória a avaliação da possibilidade de fixação de regime mais brando.

A propósito:

PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. DETRAÇÃO. NÃO APRECIADA. NECESSIDADE. ART. 387, § 2º, DO CPP. PRECEDENTES.

1. O estabelecimento do redutor da fração de 1/6 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da quantidade e natureza da substância entorpecente apreendida em poder do recorrente - 190,4 g de cocaína - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Motivada de maneira concreta a fixação do quantum de aplicação do referido benefício, não há falar em ilegalidade.

2. Incumbe ao Juiz sentenciante a verificação da possibilidade de

Superior Tribunal de Justiça

se estabelecer um regime inicial mais brando, tendo em vista a detração no caso concreto (art. 387, § 2º, do CPP).

3. Cabe, ainda, ao Magistrado sentenciante a análise do instituto da detração nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, mormente, porque esta Corte Superior não possui informações precisas acerca de quanto tempo o acusado efetivamente esteve preso provisoriamente.

4. Recurso em habeas corpus parcialmente provido apenas para determinar que o Juízo de origem examine a questão referente à detração nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

(RHC 88.519/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 04/12/2017, grifei)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONTRADIÇÃO. AUSÊNCIA DE NOVOS FUNDAMENTOS. RECONSIDERAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ART. 387, § 2º, DO CPP. DESCUMPRIMENTO. RECURSO NÃO PROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. Nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, modificado pela Lei n. 12.736/2012, 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.

5. A verificação da ocorrência de detração penal, em sentença proferida após a vigência da Lei n. 12.736/2012, é matéria afeta ao Juiz sentenciante.

6. Embargos declaratórios acolhidos para negar provimento ao recurso. Ordem concedida, de ofício, nos termos do voto do relator.

(EDcl no RHC 77.405/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 17/04/2017, grifei)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO EM CONTINUIDADE DELITIVA. DOSIMETRIA DA PENA. SEGUNDA FASE. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL, POSTERIORMENTE RETRATADA EM JUÍZO. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 545 DA SÚMULA DESTA CORTE. COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA NO ERESP N. 1.154.752/RS. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. PRECEDENTE JULGADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE. HC N. 365963/SP. PENA REDUZIDA. DETRAÇÃO.

Superior Tribunal de Justiça

PACIENTE REINCIDENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- A previsão inserida no § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não se refere à verificação dos requisitos para a progressão de regime, instituto que se restringe à execução penal, mas da possibilidade de o Juízo de 1º grau, no momento oportuno da prolação da sentença, estabelecer regime inicial mais brando, em razão da detração. No caso, ainda que realizado o desconto do quantum da pena, do período que o paciente se manteve em custódia preventiva, não há constrangimento ilegal na fixação pelo magistrado de regime inicial mais gravoso, fundamentando-se na reincidência do paciente.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, para reduzir a pena corporal do paciente para 4 anos e 8 meses de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 354.485/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017, grifei)

Sendo assim, como já bem salientado em acórdão acima transcrito, vedada a análise dos critérios objetivos (lapso temporal) e subjetivo (comportamento no ambiente carcerário), o que, destaque-se, invadiria competência do Juízo das Execuções Penais (art. 66, III, *b*, da Lei n. 7.210/1984).

Na hipótese, não há no acórdão recorrido elementos suficientes para realizar efetivamente qualquer tipo de cálculo, razão pela qual é imperioso determinar à instância ordinária a observância ao § 2º do art. 387 do CPP.

Nesse sentido, julgado da Sexta Turma:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS DA DECISÃO QUE INADMITIU O RECURSO ESPECIAL NÃO COMBATIDOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. DOSIMETRIA REFORMADA PELO TRIBUNAL A QUO. DETRAÇÃO. COMPETÊNCIA. CORTE DE ORIGEM. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. Verificado que o agravante deixou de impugnar os fundamentos da inadmissão do recurso especial, incide o enunciado sumular n. 182 do STJ.

2. 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

Superior Tribunal de Justiça

(comportamento carcerário), até porque tal avaliação invadiria a competência do Juízo das Execuções prevista no art. 66, III, b, da Lei de Execuções Penais" (HC n. 321.808/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 18/6/2015)

3. Considerando que o Tribunal de origem alterou a sentença condenatória no tocante à dosimetria da reprimenda, cabe a ele a análise do instituto da detração, nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, mormente, porque esta Corte Superior não possui informações precisas acerca de quanto tempo o acusado efetivamente esteve preso provisoriamente.

4. Agravo regimental não provido. Habeas Corpus concedido, de ofício, para determinar que a Corte estadual aplique o instituto da detração em favor do recorrente, fixando-lhe o regime de cumprimento de pena que entender adequado.

(AgRg no AREsp 1021073/TO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 02/10/2017, grifei)

Deve, portanto, o recurso especial ser provido nesse ponto para determinar ao Tribunal de origem a observância dessa norma.

Ante o exposto, **conheço do agravo e dou parcial provimento ao recurso especial para decotar da pena-base a elevação decorrente da negativação dos antecedentes e para determinar ao Tribunal de origem a aplicação do § 2º do art. 387 do CPP.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 08 de outubro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator