

RECURSO ESPECIAL Nº 1.834.573 - SP (2019/0256209-7)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
RECORRENTE : JEFERSON KARL ALVES RAUSCH
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão que negou provimento ao apelo defensivo.

Sustenta a defesa violação dos arts. 387, § 2º, do CPP, 59 e 68, ambos do Código Penal.

Aduz que a imposição de regime inicial aberto de cumprimento de pena é medida necessária no presente caso, uma vez que o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, dispõe que o tempo de prisão provisória deve ser computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.

Argumenta que *cabe ao magistrado, em nova etapa e atendendo à nova exigência formal, decidir sobre a detração penal e fixar o regime de acordo com o tempo de prisão provisória* (fl.222).

Requer o provimento do recurso, a fim de que seja fixado o regime aberto para início de cumprimento de pena.

Contra-arrazado e admitido na origem, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Decido.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado à pena de 9 meses e 10 dias de reclusão, em regime semiaberto, mais 7 dias-multa, como incurso no art. 155, *caput*, e § 2º, do CP.

Interposto recurso de apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo, assim fundamentando o regime inicial de cumprimento da pena (fl.209):

Cumprir registrar que, apesar de possuir mau antecedente, o apelante foi beneficiado com o reconhecimento do furto privilegiado, o que se mantém por se tratar de recurso exclusivo da defesa, **anotando-se que, também em razão do mau antecedente, inviável o abrandamento do regime prisional, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.**

Inviável, também, o pedido de detração em sede de apelação, pois, apesar de o artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal dispor que o tempo de prisão provisória deva ser computado para fim de fixação do regime inicial de cumprimento de pena, cabe ao Juízo da Execução analisar melhor a questão, por deter mais e precisas informações sobre o apelante, inclusive sobre a análise do

requisito subjetivo.

É pacífico nesta Corte Superior que, com o advento da Lei 12.736/2012, o Juiz processante, ao proferir sentença condenatória, deverá detrair o período de custódia cautelar para fins de fixação do regime prisional.

Ainda, entende-se 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.

Contudo, uma vez que a reprimenda final já restou em patamar inferior a 4 anos de reclusão, a qual, em tese, autorizaria o regime inicial aberto, despicienda a análise da detração, na medida em que o regime mais gravoso foi imposto diante da presença de fundamento concreto, qual seja, os maus antecedentes.

Assim, ainda que descontado o período que o recorrente permaneceu cautelarmente preso, a reprimenda final continuaria inferior a 4 anos de reclusão, porém, pela presença de circunstância judicial desfavorável o regime inicial continuaria a ser o semiaberto. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. FURTO SIMPLES. MAUS ANTECEDENTES. UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES EM QUE O CUMPRIMENTO OU EXTINÇÃO DA PENA OCORRERAM HÁ MAIS DE CINCO ANOS. POSSIBILIDADE. NÃO APLICAÇÃO DO PERÍODO DEPURADOR DO ART. 64, I, DO CP. INCIDÊNCIA DO PRIVILÉGIO PREVISTO NO § 2º DO ART. 155 DO CP. VIABILIDADE. RÉU PRIMÁRIO. RES FURTIVAE AVALIADA EM MENOS DE UM SALÁRIO DO MÍNIMO. RECONHECIMENTO DA TENTATIVA. NÃO CABIMENTO. TEORIA DA AMOTIO. MERA INVERSÃO DA POSSE CONFIGURADA NA ESPÉCIE. **PENA INFERIOR A 4 ANOS.** CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME SEMIABERTO CABÍVEL. PLEITO DE DETRAÇÃO. INVIABILIDADE. REGIME MAIS GRAVE BASEADO NA VETORIAL VALORADA NEGATIVAMENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MAUS ANTECEDENTES. ART. 44, III, DO CP. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

6. O regime fechado foi mantido exclusivamente pela valoração negativa dos antecedentes do acusado. Contudo, tratando-se de réu primário, que teve valorada de forma desfavorável circunstância judicial, mas que foi condenado ao cumprimento de pena inferior a 4 anos de reclusão, deve a reprimenda ser cumprida em regime inicial semiaberto, por ser cabível à espécie, como o imediatamente mais grave, segundo o quanto de pena aplicado.

7. No caso, mostra-se irrelevante a detração do período de prisão

cautelar, nos termos do art. 387, § 2º, do CPP, considerando que o meio prisional intermediário foi estabelecido em virtude da valoração negativa de circunstância judicial.

[...]

9. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena do paciente, reconhecendo a incidência do privilégio do art. 155, § 2º, do Código Penal e fixando o regime inicial semiaberto, mantendo-se, no mais, o teor do acórdão impugnado.

(HC 495.846/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/06/2019, DJe 11/06/2019)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ARTS. 334, CAPUT E § 3.º, DO CÓDIGO PENAL E 70 DA LEI N.º 4.117/1962. PLEITO DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DETRAÇÃO, COM A CONSEQUENTE FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO PREJUDICADO.

1. Conforme a jurisprudência desta Corte, o § 2.º do art. 387 do Código de Processo Penal não versa sobre progressão de regime prisional, cabendo ao Magistrado, no momento da prolação da sentença condenatória, verificar a possibilidade de fixar regime inicial mais brando em razão da aplicação da detração.

2. No caso, considerando a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em virtude do reconhecimento de circunstância judicial desfavorável, eventual desconto do tempo de prisão cautelar não teria o condão de alterar o regime inicial de cumprimento da pena, sendo cabível a aplicação do regime prisional mais gravoso, à luz do art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

3. Ordem de habeas corpus denegada. Pedido de reconsideração prejudicado (HC 462.922/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 26/10/2018).

Não há, portanto, falar em violação dos dispositivos tidos por violados, impondo-se a manutenção do acórdão recorrido.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 28 de novembro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO

Relator