**RECURSO ESPECIAL Nº 1.845.201 - SP (2019/0320776-1)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO RIBEIRO DANTAS** |
| RECORRENTE | : | ADRIANO PEDRO VIEIRA RODRIGUES |
| ADVOGADOS | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| | | WILD AFONSO OGAWA FILHO - DEFENSOR PÚBLICO |
| RECORRIDO | : | MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO |

**DECISÃO**

Trata-se de recurso especial interposto por **ADRIANO PEDRO VIEIRA RODRIGUES**, com amparo no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento ao recurso defensivo, tão somente para reduzir a pena pecuniária para 5 dias-multa.

O recorrente alega violação dos arts. 33 e seguintes do CP e 387, § 2º, do CPP. Para tanto, sustenta que a confissão foi utilizada para fundamentar sua condenação e, portanto, deve ser reconhecida e, consequentemente, compensada com a majorante da reincidência. Defende, ainda, que a fixação de regime inicial mais gravoso que aquele determinado por lei, foi fundamentado na gravidade abstrata do delito. Aduz, por fim, que o julgador não pode se eximir de aplicar o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Contrarrazões apresentadas (e-STJ, fls. 595-605) e admitido o inconformismo, os autos ascenderam a esta Corte.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso (e-STJ, fls. 619-622).

**É o relatório.**

Decido.

Inicialmente, quanto ao reconhecimento da extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena, da análise dos autos, verifica-se a ausência de prequestionamento quanto a tal matéria, tendo em vista que o acórdão recorrido não tratou, especificamente, da alegação sobre a qual se insurge o ora recorrente.

Note-se que a tese defensiva não foi objeto das razões da apelação, tampouco houve oposição de embargos de declaração para que se buscasse pronunciamento sobre a matéria nele versada.

Assim, perquirir na via estreita do especial eventuais violações às referidas normas, sem que se tenha explicitado a tese jurídica de que ora se controverte, seria frustrar a exigência constitucional do prequestionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância.

A propósito, não é outro o teor do enunciado 282 da Súmula do STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". No mesmo sentido, o enunciado 356 da Súmula do STF.

De fato, para que se configure o prequestionamento, há que se extrair do acórdão recorrido pronunciamento sobre as teses jurídicas em torno dos dispositivos legais tidos por violados, para que se possa, na instância especial, abrir discussão sobre determinada questão de direito, definindo-se, por conseguinte, a correta interpretação da legislação federal, situação essa que não ocorreu no presente caso. (AgRg no AREsp 454.427/SP, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe



Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: C7565199-9FB5-4C99-8270-CDE751128F59

19/02/2015)

Ressalta-se, ademais, que mesmo se tratando de nulidades absolutas e condições da ação, é imprescindível o prequestionamento, pois este é exigência indispensável ao conhecimento do recurso especial, fora do qual não se pode reconhecer sequer matéria de ordem pública, passível de conhecimento de ofício nas instâncias ordinárias. Confiram-se, nesse sentido, os precedentes da Corte:

> "AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA ORIGEM. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. RECURSO DESPROVIDO.
> 1. A teor do disposto no art. 34, inciso XVIII, alínea *b*, do Regimento Interno deste Sodalício, com a redação dada pela Emenda Regimental n. 22/2016, o relator pode negar provimento ao recurso ou ao pedido se as razões apresentadas forem contrárias a entendimento jurisprudencial dominante sobre o tema, justamente o que se verificou no presente caso. 2. O cabimento de agravo regimental contra o julgamento singular afasta a alegação de violação aos princípios da ampla defesa e da colegialidade, já que a matéria pode, desde que suscitada, ser remetida à apreciação da Turma.
> 3. O prequestionamento de teses jurídicas constitui requisito imprescindível para admissibilidade de recurso especial, mesmo quando se tratar de matéria de ordem pública, sob pena de indevida supressão de um dos graus de jurisdição.
> 4. Agravo regimental desprovido."
> (AgRg no AREsp 298.957/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 05/03/2018)

No que diz respeito ao reconhecimento da confissão e da compensação com a agravante da reincidência, incide a Súmula 284 do STF.

Isso porque as razões do inconformismo não apontam quais os dispositivos legais que teriam sido violados pelo Tribunal de origem. A indicação dos dispositivos legais objeto do recurso especial é requisito de admissibilidade indispensável ao seu conhecimento.

Ademais, a alegação de ofensa à lei federal presume a realização do cotejo entre o conteúdo preceituado na norma e os argumentos aduzidos nas razões recursais, com vistas a demonstrar a devida correlação jurídica entre o fato e o mandamento legal.

A propósito:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. ALEGAÇÃO DE NULIDADE NO JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO VIOLADO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SUMULA 284/STF. DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIO MATEMÁTICO E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE DE DEBATE DA



Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: C7565199-9FB5-4C99-8270-CDE751128F59

> TESE EM PLENÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
> 1. Considera-se deficiente a fundamentação do recurso que não aponta o dispositivo legal violado pelo acórdão recorrido. Incidência da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal.
> [...]
> 4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 1.050.159/TO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 07/05/2018)

> "PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS VIOLADOS. SÚMULA 284/STF. PEDIDO DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS. NÃO CABIMENTO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.
> 1. Não tendo sido apontadas, especificamente, quais normas teriam sido contrariadas, incide a Súmula 284 do STF, segundo o qual: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.
> [...]
> 3. Agravo regimental improvido." (AgRg no AREsp 1.151.992/TO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 11/05/2018)

Outrossim, quanto à menção genérica de dispositivos legais, registre-se que a alegação de ofensa à lei federal presume a realização do cotejo entre o conteúdo preceituado na norma e os argumentos aduzidos nas razões recursais, com vistas a demonstrar a devida correlação jurídica entre o fato e o mandamento legal. Nesse passo, a simples referência a dispositivo legal, desacompanhada da necessária argumentação que sustente a alegada ofensa à lei federal, não é suficiente para o conhecimento do recurso especial.

Desse modo, a incidência da Súmula 284 do STF é medida de rigor.

Nesse sentido:

> "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA PROVIDA. ACÓRDÃO QUE RECONHECE A VIOLAÇÃO DA COISA JULGADA. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AO ART. 475-H DO CPC. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284 DO STF. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. SUA NÃO DEMONSTRAÇÃO.
> 1. Não há como conhecer de recurso especial interposto contra acórdão que conheceu e proveu ação rescisória, ao fundamento de que estavam presentes os requisitos autorizativos, entre eles a violação da coisa julgada, e a parte ré não cuidou de indicar e demonstrar a necessidade de reforma desse julgado. Caso, pois, de aplicação da Súmula n. 284/STF.
> 2. Ausente a demonstração da existência de divergência interpretativa mediante o indispensável cotejo analítico, não se



Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: C7565199-9FB5-4C99-8270-CDE751128F59

> conhece do recurso especial.
> 3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1.376.071/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 13/03/2015)
>
> "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.
> 1. Na interposição de recurso especial, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, não basta a simples menção da norma federal tida por violada, sendo necessária a demonstração clara e precisa da ofensa em que teria incorrido o v. aresto hostilizado, sob pena de incidência da Súmula 284 do eg. STF.
> [...]
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 614.529/ES, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 03/08/2015)
>
> "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO LOCAL E CONSTITUCIONAL. AÇÃO RESCISÓRIA. IMPUGNAÇÃO AOS FUNDAMENTOS DO JULGADO RESCINDENDO. INCABIMENTO. INOVAÇÃO.
> [...]
> 3. A falta de particularização do dispositivo de lei federal que se tem por violado consubstancia deficiência bastante, com sede própria nas razões recursais, a inviabilizar a abertura da instância especial, atraindo, como atrai, a incidência do enunciado nº 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.
> 4. Permanecendo estranha ao recurso especial a fundamentação do acórdão, há, nesse termo, óbice intransponível ao seu conhecimento.
> [...]
> 7. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 282.706/DF, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 06/06/2006, DJ 14/08/2006, p. 338)

Quanto à dosimetria da pena, a Corte de origem fixou o regime mais grave sob a seguinte motivação:

> "Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, mantém-se o fechado, por tratar-se de ilícito penal grave, que toda vez que é perpetrado fomenta ainda mais a crescente intranquilidade social. Outrossim, a periculosidade concreta do apelante, em perpetrar grave crime, no período vespertino, em estabelecimento comercial e mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, reclama punição mais severa e efetiva, não se olvidando da sua reincidência, inclusive específica." (e-STJ, fl. 561).

Sobre o tema, cumpre ressaltar que a Súmula 440/STJ dispõe que "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais



Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: C7565199-9FB5-4C99-8270-CDE751128F59

gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito".

No mesmo sentido, a Súmula n. 718 da Suprema Corte, afirma que "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

Na hipótese dos autos, como se observa, o regime prisional mais grave foi estabelecido com amparo em argumentos genéricos acerca da gravidade do delito de roubo e em circunstâncias que já foram consideradas para agravar a pena, o que viola o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e contraria os enunciados sumulares acima indicados.

Por fim, no que diz respeito à alegada violação do art. 387, § 2º, do CPP, a Corte de origem assim se manifestou:

> "Inviável, ademais, o pedido de detração em sede de apelação, pois, apesar de o artigo 387, § 2°, 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 informações sobre o apelante, como a análise do requisito subjetivo." (e-STJ, fl. 562).

Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, o cômputo do tempo de prisão cautelar, anterior, do condenado para fins de definição do regime inicial de cumprimento da pena, conforme determina o art. 387, § 2º, do CPP, não se confunde com o instituto da progressão de regime.

A nova regra de detração trazida pela Lei n. 12.736/2012, em vigência desde 30/12/2012, é de aplicação obrigatória pelo **Juiz sentenciante**, que, na determinação do modo inicial de cumprimento de pena, considerará **apenas** o período de custódia provisória referente ao delito objeto do processo.

Desse modo, constatado que, no momento da análise do apelo da defesa, a Lei 12.736/2012, de natureza processual penal, e, portanto, de incidência imediata ("tempus regit actum"), já estava em pleno vigor, caberia ao Tribunal *a quo* proceder ao reexame do regime prisional, nos termos do disposto no art. 387, § 2º, do CPP, como pleiteado pelo recorrente.

A seguir julgado que respalda esse entendimento:

> "2. 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 regime, próprio da execução penal, tendo em vista 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 juízo sentenciante a verificação da possibilidade de se estabelecer regime inicial mais brando, tendo em vista a aplicação da detração no caso concreto. Notabiliza-se, pois, que o mencionado artigo não diz respeito à 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. Deve ser afastado o óbice apontado pela



Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: C7565199-9FB5-4C99-8270-CDE751128F59

> Corte de origem para deixar de analisar o tema ora em testilha.
> [...]
> 5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de afastar o óbice apontado pelo Colegiado estadual para deixar de examinar a possibilidade de aplicação da detração, determinando ao Tribunal *a quo* que reavalie o regime inicial de cumprimento de pena à luz do disposto no art. 387, § 2º, do Código Penal." (HC 325.174/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 30/09/2015)

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, **dou parcial provimento** ao recurso especial para que o Tribunal *a quo* fixe o regime prisional cabível atento as diretrizes do art. 33 do CP e considerando a possibilidade de detração, à luz do disposto no art. 387, § 2º, do CPP.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 04 de dezembro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



**Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019**
**Código de Controle do Documento: C7565199-9FB5-4C99-8270-CDE751128F59**