



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1440721 - SP (2019/0033704-3)**

**RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ**  
**AGRAVANTE : EDILSON DA CONCEICAO FILHO (PRESO)**  
**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

### **EMENTA**

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO QUALIFICADO. PLEITO DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DETRAÇÃO, COM A CONSEQUENTE FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO. IMPOSSIBILIDADE. RÉU REINCIDENTE. PRECEDENTES. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

### **DECISÃO**

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por EDILSON DA CONCEIÇÃO FILHO contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que inadmitiu o processamento do recurso especial manejado com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República na Apelação n.º 0006658-31.2016.8.26.0050.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o Agravante às penas de 1 (um) ano de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 5 (cinco) dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 155, § 4.º, inciso II, c.c. o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal (fls. 110-116).

Irresignadas, Defesa e Acusação interpuseram as respectivas apelações, às quais a Corte de origem negou provimento (fls. 244-249).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 266-271).

Sustenta a Defesa, nas razões do apelo nobre, afronta ao art. 387, § 2.º, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei n.º 12.736/2012.

Alega que deveria ter sido considerado o tempo de prisão cautelar já cumprida pelo Agravante e, por conseguinte, fixado regime prisional mais brando, qual seja, o aberto.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 291-296). O recurso especial não foi admitido (fls. 299-300). Foi interposto agravo (fls. 307-315).

O Ministério Público Federal apresentou parecer, opinando pelo conhecimento e provimento do agravo (fls. 334-338).

É o relatório.

Decido.

Consoante estabelece o § 2.º do art. 387 do Código de Processo Penal, "[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**".

Assim, cabe ao Magistrado, no momento da prolação da sentença condenatória, verificar a possibilidade de se fixar regime inicial mais brando em razão da aplicação da detração, considerando, evidentemente, as peculiaridades do caso em análise.

Sobre a questão, os seguintes julgados:

**"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL PELA NEGATIVA DE APLICAÇÃO AO CASO DA DETRAÇÃO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REINCIDÊNCIA DE UM DOS PACIENTES. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO CORRETAMENTE FIXADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

[...]

**- 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, porém, ainda que realizado o desconto do quantum da pena do período que os pacientes se mantiveram em custódia preventiva, não há constrangimento ilegal na fixação pelo magistrado de regime inicial fechado, para penas superiores a 4 anos de reclusão, pois pautado em fundamentação própria, como ressaltando pelas instâncias ordinárias, ante a existência de circunstância judicial negativa, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, bem como na reincidência de um dos pacientes, seguindo os parâmetros previstos no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. Torna-se, assim, irrelevante o aproveitamento do tempo de pena cumprida em caráter provisório.

- Habeas corpus não conhecido." (HC 454.825/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 28/08/2018; sem grifos no original.)

**"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIALIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. DETRAÇÃO. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO COM O INSTITUTO DA PROGRESSÃO DE REGIME. ANÁLISE QUE DEVE SER FEITA PELO JUÍZO SENTENCIANTE. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. ANÁLISE PREJUDICADA. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.**

[...]

**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 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; sem grifos no original.)

Todavia, no caso em tela, a aplicação da detração não tem o condão de alterar o regime inicial estabelecido pelas instâncias ordinárias.

Com efeito, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve-se utilizar as normas do art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal e as Súmulas n.º 440/STJ e n.º 719/STF, que assim dispõem, *in verbis*:

**Súmula n.º 440/STJ:** "Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito."

**Súmula n.º 719/STF:** "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

**Art. 33 do Código Penal (sem grifos no original):**

"Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;

b) regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;

c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código."

Na espécie, o Magistrado de piso fixou o regime semiaberto com fulcro na seguinte fundamentação (fl. 116; sem grifos no original):

*"Considerando a **REINCIDÊNCIA** e quantidade da pena, o regime inicial será **semiaberto**, sem direito de recorrer em liberdade. [...]"*

Por seu turno, o Tribunal de origem, corroborando a sentença condenatória, manteve o modo inicial de cumprimento de pena com esteio nas seguintes razões de decidir declinadas quando do julgamento do recurso integrativo (fls. 269-270):

*"Embora não tenha sido alegado, especificamente, o quanto agora sustentado em relação à detração penal do tempo de prisão provisória, cabe observar que não incide, no presente caso, o artigo 387, §2º, do Código de Processo Penal, porquanto a avaliação do quanto de pena restou provisoriamente cumprida deva ser feita em sede de execução, até porque, na presente fase processual, não há suficientes informes nos autos ao quanto pleiteado; imprescindíveis informações precisas para cálculo da exata detração sobre a condenação imposta.*

*Não se olvide, ao contrário do alegado pelo embargante, que o tempo de prisão provisória não é o único critério a se avaliar em eventual abrandamento de regime que se antecipe, da fase executória, para o momento da prolação da sentença. Imprescindível também a apuração do critério subjetivo trazido pelo artigo 112 da Lei de Execuções, a exigir a comprovação de bom comportamento carcerário, pela, entre outras, inexistência de faltas disciplinares graves durante o cumprimento da pena, informações desconhecidas nestes autos.*

*Como se vê, o estabelecimento do regime foi devidamente fundamentado, tendo-se em conta, ainda, que, caso abrandado, a repressão delitiva acabaria por se tornar insuficiente, à vista da conduta praticada."*

Nesse contexto, eventual desconto do tempo de prisão cautelar não teria o condão de alterar o regime inicial de cumprimento da pena, tendo em vista que a reincidência do Agravante justifica o estabelecimento do regime intermediário.

Nesse sentido:

*"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBOS TENTADOS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PERSONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA REGIME PRISIONAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REINCIDÊNCIA. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULA 269/STJ. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*[...]*

*5. Quanto ao meio de desconto da reprimenda, de acordo com a Súmula 269/STJ, 'é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais'.*

*6. In concreto, considerando serem favoráveis as circunstâncias judiciais e estabelecida sanção corporal inferior 4 anos de reclusão, o paciente faz jus ao regime semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea 'b' e § 3º, do Código Penal.*

**7. Fixada pena privativa de liberdade que não supera 4 anos de reclusão, a detração do tempo de custódia cautelar não repercute no regime prisional, especialmente em razão de seu agravamento ter se dado com base na reincidência do réu.**

8. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime prisional semiaberto para o desconto da reprimenda, salvo se, por outro motivo, o paciente estiver cumprindo pena em meio diverso." (HC 460.701/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2018, DJe 11/10/2018; sem grifos no original.)

**"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO. INSIGNIFICÂNCIA. INOCORRÊNCIA. VALOR DO BEM SUBTRAÍDO DE R\$ 596,00. REINCIDÊNCIA. REGIME INTERMEDIÁRIO. MODIFICAÇÃO PARA O REGIME ABERTO. PENA FIXADA EM PATAMAR INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 269 DO STJ. DETRAÇÃO. NÃO CABIMENTO. DOSIMETRIA. FRAÇÃO DE REDUÇÃO PELA TENTATIVA. SÚMULA 7 DO STJ. EXECUÇÃO ANTECIPADA. POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DEFERIDA.**

[...]

**4. Não obstante a pena fixada seja inferior a 4 anos de reclusão, o regime intermediário foi estabelecido em razão da reincidência, assim, ainda que reconhecida a detração, não há alteração do regime prisional.**

5. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que é possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, após prolatado o juízo condenatório por tribunal de apelação.

6. Agravo regimental improvido e deferida a execução provisória da pena." (AgRg no REsp 1.725.555/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 25/09/2018; sem grifos no original.)

Ante o exposto, CONHEÇO do agravo para NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 20 de março de 2020.

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora