



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1631085 - SP (2019/0364613-7)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : KELLY DIAS DE OLIVEIRA
ADVOGADOS : FERNANDA COSTA HUESO - DEFENSOR PÚBLICO -
SP238066
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : URUBATAN SILVERALDO CREPALDI

DECISÃO

KELLY DIAS DE OLIVEIRA agrava de decisão que inadmitiu o recurso especial, fundado no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação n. 0001218-67.2015.8.26.0542

Depreende-se dos autos que a ré foi condenada a 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime aberto (já realizada a detração), mais 13 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, II, do CP.

O Tribunal de origem deu parcial provimento à apelação ministerial, a fim de determinar o cumprimento inicial da reprimenda na modalidade semiaberta. Os embargos de declaração foram rejeitados.

Nas razões do especial, alegou a defesa que o acórdão recorrido violou o art. 387, § 2º, do CPP, ao argumento de que não levou em conta o tempo cumprido pela acusada em custódia cautelar, que seria suficiente para determinar o regime inicial aberto.

Requeru fosse **imposta a forma mais branda para o cumprimento inicial da reprimenda.**

Não admitido o especial na origem e interposto o recurso de agravo, o

Ministério Público Federal opinou pelo seu não provimento.

Decido.

O agravo é tempestivo e infirmou os fundamentos da decisão agravada.

A sentença foi proferida nestes termos:

Fixada a pena em definitivo e considerando o teor da Lei 12.736, de 30 de novembro de 2012, **levando-se em conta que os réus permanecem presos há mais de um ano**, tempo maior que 1/6 (um sexto) da pena a que foram condenados, **hei por bem aplicar-lhes a detração penal e fixar-lhes o REGIME ABERTO**, nos termos do que reza o artigo 33, parágrafo 2º, alínea "c", do Código Penal; concedendo-se-lhes o direito de apelar em liberdade.
(fl. 290, grifei)

O acórdão recorrido asseriu o seguinte:

Quanto a KELLY, a **expressão aritmética da pena e as circunstâncias judiciais favoráveis, no entanto, recomendam a fixação do regime semiaberto** para o início do cumprimento da reprimenda, nos termos do artigo 33, 520, alínea "b" e 530, do Código Penal.

[...]

Entretanto, anoto que a inovação legislativa ao ampliar o alcance da jurisdição do juízo do conhecimento, permitindo-lhe operar a detração já na sentença condenatória, termina por confundir dois institutos penais distintos: a detração, em si, e o regime de cumprimento de pena; confusão que viola os princípios de individualização da pena, do juiz natural e da isonomia, todos de índole fundamental previstos na Constituição da República (artigo 50, caput, e incisos XLVI e LIII). O período de detração é aquele em que o condenado permanece preso cautelarmente durante o curso do processo e computado na pena privativa de liberdade, devendo ser apreciado pelo Juízo das execuções Penais, nos termos do artigo 66, inciso, III, alínea c, da lei no 7.210/84; **já o regime inicial de cumprimento de pena deve ser fixado pelo Juízo do conhecimento consoante a pena definitiva, que não deve ser influenciada pelo direito do réu de detração do tempo de prisão provisória, sob pena de consagrar a detração como nova etapa da dosimetria da pena, operação vedada pelo Código Penal, pelo que deve ser arguida no momento oportuno, perante o juízo competente, o das Execuções Criminais**, providência que ainda mais se justifica diante do recrudesimento de sua pena. Com efeito, deve ser também acolhido o recurso da acusação neste ponto, observando-se rigorosamente os respectivos regimes iniciais fixados, salientando que **o reconhecimento da detração exige**

notícia acerca da conjuntura carcerária do sentenciado, se registra outras condenações ou prisões processuais, bem como o comportamento apresentado durante o tempo em que permaneceu preso provisoriamente; elementos necessários para a análise do regime prisional mais adequado, deve artigo 66, inciso III, da lei no 7.210/84. Incabível, por expressa disposição dos artigos 44, e 77, ambos do Código Penal, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a concessão de sursis.
(fls. 421-423, destaquei)

Nos termos do art. 387, § 2º, do CPP, 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.

Nesse sentido, "ao final da dosimetria da pena, o juiz deve descontar da pena privativa de liberdade imposta ao condenado o período de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação. Se, com o tempo descontado, à luz do art. 33, § 2º, do Código Penal, for possível a alteração do regime, poderá o juiz estabelecer novo regime inicial de cumprimento, se as circunstâncias do art. 59 do Código Penal assim recomendarem" (HC n. 307.521/SP, Rel. Ministro **Walter de Almeida Guilherme** (Desembargador convocado do TJ/SP), 5ª T., DJe 3/12/2014).

Ainda de acordo com a jurisprudência deste Superior Tribunal, **a verificação dos requisitos da detração penal, em decorrência de sentença proferida após a vigência da Lei n. 12.736/2012 – como no caso dos autos –, é matéria afeta ao Juiz sentenciante.** Nesse sentido:

[...]

3. 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 considerado na pena imposta, para o estabelecimento do regime prisional fixado pela sentença condenatória, não se confundindo com o instituto da progressão de regime, próprio da execução penal.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 984.179/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, 5ª T., DJe 16/12/2016, destaquei)

Na espécie, a Corte estadual afastou a detração, apesar a sentença haver computado o tempo cumprido em custódia provisória (superior a um ano) e , por isso, abrandar o regime inicial.

Assim, haja vista o período de prisão cautelar superior a 1/6 da reprimenda total (5 anos e 4 meses de reclusão), deve ser restabelecida a detração tal como determinada pelo Juiz sentenciante, de maneira a substituir o regime semiaberto pelo aberto.

Diante do exposto, conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial, com o intuito de determinar o cumprimento inicial da sanção no regime aberto, mantidos os demais termos do acórdão recorrido.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 02 de abril de 2020.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator