



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2826457 - SP (2024/0478488-1)

**RELATOR : MINISTRO CARLOS CINI MARCHIONATTI
(DESEMBARGADOR CONVOCADO TJRS)**

**AGRAVANTE : DANILO AUGUSTO RODRIGUES DE MORAES
GASPARINI**

**ADVOGADOS : WILLEY LOPES SUCASAS - SP148022
ANDRE CAMARGO TOZADORI - SP209459
LUIZ FELIPE GOMES DE MACEDO MAGANIN -
SP340758**

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. CRIMES DA LEGISLAÇÃO DE TRÂNSITO (ARTS. 305 E 306), RESISTÊNCIA E DESACATO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA N. 7 DO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DETRAÇÃO. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. AGRADO DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo regimental interposto contra decisão que negou provimento a recurso especial, no qual se alegava cerceamento de defesa por falta de acesso aos memoriais escritos da acusação, além de questionar a não aplicação da detração e o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em saber se a análise do alegado cerceamento de defesa demanda revolvimento do arcabouço fático-probatório dos autos.

3. Outra questão é analisar o cabimento da detração para alteração do regime prisional inicial imposto e a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. Inexistiu registro na ata da audiência de instrução e julgamento a respeito da alegada falta de acesso aos memoriais escritos da acusação, tendo o Tribunal de origem concluído não ter ocorrido cerceamento de defesa e inexistido prejuízo ao réu, de modo que a revisão dos elementos fáticos já analisados pelas instâncias ordinárias demandaria o reexame do arcabouço fático-probatório, o que é vedado pela Súmula n. 7 do STJ.

5. A detração do tempo de prisão cautelar é irrelevante para a fixação do regime prisional inicial quando o regime mais gravoso é fundamentado em circunstâncias judiciais desfavoráveis e na reincidência.

6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não é possível em casos de reincidência, mesmo que não específica, quando o réu é possuidor de maus antecedentes, conforme entendimento pacificado do STJ.

IV. DISPOSITIVO

7. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília, 13 de agosto de 2025.

Ministro Carlos Cini Marchionatti (Desembargador Convocado TJRS)

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2826457 - SP (2024/0478488-1)

**RELATOR : MINISTRO CARLOS CINI MARCHIONATTI
(DESEMBARGADOR CONVOCADO TJRS)**

**AGRAVANTE : DANILO AUGUSTO RODRIGUES DE MORAES
GASPARINI**

**ADVOGADOS : WILLEY LOPES SUCASAS - SP148022
ANDRE CAMARGO TOZADORI - SP209459
LUIZ FELIPE GOMES DE MACEDO MAGANIN -
SP340758**

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. CRIMES DA LEGISLAÇÃO DE TRÂNSITO (ARTS. 305 E 306), RESISTÊNCIA E DESACATO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA N. 7 DO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DETRAÇÃO. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. AGRADO DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo regimental interposto contra decisão que negou provimento a recurso especial, no qual se alegava cerceamento de defesa por falta de acesso aos memoriais escritos da acusação, além de questionar a não aplicação da detração e o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em saber se a análise do alegado cerceamento de defesa demanda revolvimento do arcabouço fático-probatório dos autos.

3. Outra questão é analisar o cabimento da detração para alteração do regime prisional inicial imposto e a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. Inexistiu registro na ata da audiência de instrução e julgamento a respeito da alegada falta de acesso aos memoriais escritos da acusação, tendo o Tribunal de origem concluído não ter ocorrido cerceamento de defesa e inexistido prejuízo ao réu, de modo que a revisão dos elementos fáticos já analisados pelas instâncias ordinárias demandaria o reexame do arcabouço fático-probatório, o que é vedado pela Súmula n. 7 do STJ.

5. A detração do tempo de prisão cautelar é irrelevante para a fixação do regime prisional inicial quando o regime mais gravoso é fundamentado em circunstâncias judiciais desfavoráveis e na reincidência.

6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não é possível em casos de reincidência, mesmo que não específica, quando o réu é possuidor de maus antecedentes, conforme entendimento pacificado do STJ.

IV. DISPOSITIVO

7. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Para fins de economia e celeridade processuais, adoto, em parte, o relatório de fls. 448-450 (e-STJ):

"Em agravo em recurso especial interposto por Danilo Augusto Rodrigues de Moraes Gasparini contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (e-STJ fls. 375-378), examina-se a inadmissão do recurso especial, fundada na Súmula n. 7 do STJ e deficiência de fundamentação.

O agravante foi condenado, em primeiro grau, pelos delitos previstos nos artigos 305 e 306 do Código de Trânsito Brasileiro, e artigos 329 e 331 do Código Penal, praticados em 9 de dezembro de 2022, à pena de 3 anos, 7 meses e 10 dias de detenção, em regime inicial semiaberto, acrescida de 13 dias-multa, além da suspensão ou proibição da habilitação para dirigir veículo automotor pelo período de 8 meses (e-STJ fls. 276).

O acórdão da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo redimensionou a pena para 1 ano, 10 meses e 5 dias de detenção, pagamento de 11 dias-multa e 2 meses e 10 dias de suspensão ou proibição de obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, afastando a condenação pelo crime de resistência (artigo 329 do Código Penal) (e-STJ fls. 274-300). Fundamentou que as condutas de desacato estavam contidas naquelas relativas ao delito de resistência, justificando-se o reconhecimento da consunção entre esses delitos, ficando um deles absorvido pelo crime mais grave.

O recurso especial, com fundamento no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal, alegou violação aos artigos 619, 403, 387, § 2º, do Código de Processo Penal, e 42 e 44, § 3º, do Código Penal, e requereu a nulidade do processo desde a fase de apresentação de memoriais finais, aplicação da detração e alteração do regime inicial para o aberto, e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (e-STJ fls. 319-331).

O recurso não foi admitido pelo Tribunal de origem porque (e-STJ fls. 375- 378) não foram infirmados todos os fundamentos do acórdão recorrido, incidindo a Súmula 283 do STF, além da pretensão de simples reexame de prova, vedada pela Súmula n. 7 do STJ, e deficiência na fundamentação, conforme a Súmula 284 do STF.

Na petição de agravo em recurso especial (e-STJ fls. 381-389), o agravante busca infirmar a decisão de inadmissão. Alega, em síntese, que o recurso especial não é carente de fundamentação necessária, pois detalhou a manutenção das omissões do acórdão e a respectiva violação ao artigo 619 do CPP. Argumenta que a defesa não teve acesso aos memoriais escritos da acusação, o que configurou cerceamento de defesa, e que o acórdão foi omisso ao não enfrentar a tese defensiva. Ademais, sustenta que a decisão recorrida não apontou quais argumentos do acórdão não foram atacados, o que impede o exercício do direito de defesa. Por fim, afirma que as teses aventadas no recurso especial prescindem do reexame das provas, tratando-se de matérias exclusivamente de direito.

O Ministério Público manifestou-se pelo conhecimento do agravo, para conhecer em parte do recurso especial e, nessa extensão, ser ele provido em parte para reconhecer a violação ao art. 619 do Código de Processo Penal e determinar o retorno dos autos à origem para exame do tempo de prisão domiciliar (e-STJ fls. 439-444), em parecer assim ementado:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÂNSITO (ARTIGOS 305 E 306, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO). DECISÃO QUE NÃO ADMITIU O RECURSO ESPECIAL. CONTRARIEDADE AO ART. 619, DO CPP. NULIDADE DO PROCESSO. APRESENTAÇÃO DE ALEGAÇÕES FINAIS ESCRITAS PELA ACUSAÇÃO EM AUDIÊNCIA. APRESENTAÇÃO DE ALEGAÇÕES ORAIS PELA DEFESA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. ANÁLISE FÁTICA E PROBATÓRIA. DETRAÇÃO. OMISSÃO. TEMA 1155/STJ. 1. Não se vê a omissão capaz de autorizar o manejo dos embargos de declaração se o Tribunal demonstra, na fundamentação da decisão embargada, que analisou os fatos ocorridos na

audiência de instrução e julgamento, concluindo que não houve ofensa à paridade de armas, contraditório e ampla defesa, nem demonstração do prejuízo, pois o agravante ofereceu manifestação após a apresentação de alegações finais pelo Ministério Público. 2. Se é controverso o fato de que o agravante não teve acesso à manifestação escrita da acusação, pois o Tribunal afirma que ele ofereceu a sua manifestação, na mesma ocasião e após a manifestação do Ministério Público, é indispensável ingresso no acervo fático e probatório dos autos, inviável em recurso especial. 3. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, por força da valoração negativa de circunstância judicial, é irrelevante a inexistência da reincidência específica, pois na linha do entendimento dessa Corte, nesses casos, não é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. 4. Caracteriza-se a omissão quando o Tribunal não enfrenta dado fático fundamental para o exame do pedido de detração, que foi afastado com base em fundamentos genéricos e na periculosidade do agravante (reincidência e maus antecedentes). 5. Parecer pelo conhecimento do agravo, para conhecer em parte do recurso especial e, nessa extensão, ser ele provido em parte para reconhecer a violação ao art. 619, do Código de Processo Penal e determinar o retorno dos autos à origem para exame do tempo de prisão domiciliar."

Sobreveio decisão de minha relatoria, com fulcro no art. 253, parágrafo único, incisos I e II, "b", do Regimento Interno do STJ, conhecendo em parte do agravo para conhecer em parte do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento (e-STJ fls. 448-475).

Contra referida decisão, foi interposto o presente agravo regimental, no qual foram reiteradas as alegações de violação ao art. 403 do CPP, por ausência de acesso aos memoriais escritos da acusação; ao art. 44, § 3º, do CP, ante o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, inobstante a reincidência inespecífica; e aos arts. 387, § 2º, do CPP e 42 do CP, porque não realizada a detração (e-STJ fls. 461-470).

É o relatório.

VOTO

O agravo regimental é tempestivo.

Contudo, não verifico elementos suficientes para reconsiderar a decisão proferida, cuja conclusão mantenho pelos seus próprios fundamentos (e-STJ fls. 377-386):

"O agravante se desincumbiu do ônus de refutar os fundamentos da decisão de admissibilidade da origem. Portanto, conheço do agravo e passo a examinar a admissibilidade do recurso especial.

A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que o recurso especial não se presta à reapreciação de elementos fático-probatórios, devendo o recorrente delimitar com precisão os contornos jurídicos da tese invocada e demonstrar que sua análise prescinde de nova incursão nos fatos da causa, partindo das premissas fáticas já estabelecidas pelo acórdão recorrido.

Para que o recurso especial ultrapasse o óbice previsto na Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça, é necessário que a controvérsia jurídica possa ser resolvida com base nas premissas fáticas já fixadas pelas instâncias ordinárias, sem necessidade de reexame do conjunto probatório. Alegações genéricas de ofensa à norma federal, dissociadas de uma demonstração clara de que os fatos relevantes para o deslinde da controvérsia estão devidamente consolidados no acórdão recorrido, não afastam a incidência da referida súmula.

Ou seja, deve haver demonstração que a controvérsia se restringe à interpretação jurídica de normas; explicar que não há necessidade de revolvimento da moldura fática definida pelas instâncias ordinárias; e indicar precisamente quais premissas fáticas são imutáveis. Não basta alegar genericamente que a análise é jurídica ou interpretativa.

No caso, o agravante sustenta que houve cerceamento de defesa, pois não teve acesso aos memoriais escritos da acusação antes de apresentar suas alegações finais, o que configuraria violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Já a decisão recorrida pelo recurso especial assentou que:

Depreende-se do termo de fls. 154 e seguintes e da gravação audiovisual da audiência que, após o encerramento da instrução, o Ministério Público manifestou-se de forma oral, com apresentação de memoriais. Na sequência, a Defesa manifestou-se de igual forma, sendo proferida, logo após, a sentença. É certo que a Acusação providenciou, na mesma ocasião, a apresentação de suas alegações também de forma escrita (fls. 154/159) e nada impedia que a Defesa igualmente o fizesse naquela oportunidade, mas optou por apresentar seus memoriais exclusivamente de forma oral (e-STJ fls. 278).

Nessa questão, as instâncias ordinárias são soberanas na avaliação dos fatos e das provas, e chegar à conclusão diversa daquela encontrada na origem demandaria reexame de fatos e provas. A Súmula n. 7 do STJ impede o reexame do acervo fático-probatório em recurso especial. Logo, a decisão das instâncias ordinárias no sentido de que não houve cerceamento de defesa, pois a defesa se manifestou em debates orais posteriormente ao Ministério Público, é insuscetível de modificação nesta Corte, salvo se demonstrada a ocorrência de violação direta de lei federal, o que não é o caso.

A alegação de cerceamento de defesa por falta de acesso aos memoriais escritos da acusação requer a revisão dos elementos fáticos já analisados pelas instâncias inferiores, como a dinâmica da audiência e a oportunidade de manifestação da defesa. O acórdão recorrido já estabeleceu como premissa fática que a defesa se manifestou posteriormente ao

Ministério Público em debates orais. Portanto, a pretensão do agravante de rever essa conclusão implica, na verdade, um reexame do conjunto probatório, vedado pela Súmula n. 7 do STJ.

Dessa forma, neste ponto, aplica-se a Súmula n. 7 do STJ, segundo a qual “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

Quanto aos dois outros argumentos levantados pelo recorrente, é caso de conhecimento do recurso especial.

Consoante entendimento pacificado nesta Corte Superior, consubstanciado na Súmula n. 568 do STJ, “o relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema”. Assim, evidenciado que a matéria devolvida já se encontra pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, é legítimo o exame e julgamento do recurso especial em sede monocrática, conforme art. 34, XVIII, do Regimento Interno do STJ.

A jurisprudência pacífica do STJ estabelece que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não é cabível em casos de reincidência, mesmo que não específica; ou seja, ela, por si só, já constitui um fator impeditivo para a concessão do referido benefício penal. Ademais a reincidência, aliada a outros fatores como maus antecedentes, autoriza a fixação da pena privativa de liberdade em detrimento da substituição por penas restritiva de direitos.

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO. CRIME IMPOSSÍVEL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. EXASPERAÇÃO DA PENA- BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME FECHADO SÚMULA 269/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A violação do art. 17 do CP e a tese a ele vinculada não foram objetos de debate pela instância ordinária, o que inviabiliza o conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento. Incide ao caso a Súmula n. 282/STF. 2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a pena-base não pode ser fixada acima do mínimo legal com fundamento em elementos constitutivos do crime ou com base em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação. 3. No presente caso, as instâncias de origem decidiram pela exasperação da reprimenda inicial, em razão do acusado ter praticado o delito para ocultar sua condição de foragido o que justifica a maior gravidade da conduta. Precedentes. 4. No que tange ao regime inicial de cumprimento de pena, de acordo com a Súmula n. 269/STJ, é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior à inicial de quatro anos, se favoráveis as circunstâncias judiciais. No caso, embora a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, o regime inicial fechado encontra-se justificado, uma vez que além da reincidência,

houve a consideração de circunstância judicial negativa para a exasperação da pena-base, não havendo falar, portanto, em afronta ao enunciado n. 269/STJ. 5. Embora a reincidência não seja específica, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da existência de circunstância judicial negativa, não se mostrando cabível a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, pela falta de preenchimento de requisito subjetivo previsto no art. 44, inciso III, do Código Penal. 6. Agravo regimental não provido. (AgRg no AR Esp n. 2.501.833/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em , D Je de .)23/4/2024 29/4/2024

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO SIMPLES. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. RÉU REINCIDENTE. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO MANTIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ANÁLISE DE PROGRESSÃO DE REGIME. INOVAÇÃO RECURSAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Com o advento da Lei n. 12.736/2012, o Juiz processante, ao proferir sentença condenatória, deverá detrair o período de custódia cautelar para fins de fixação do regime prisional. Forçoso reconhecer, ainda, 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. 2. As alterações trazidas pelo diploma legal supramencionado não afastaram a competência concorrente do Juízo das Execuções para a detração, nos termos do art. 66 da Lei n. 7.210 /1984, sempre que o Magistrado sentenciante não houver adotado tal providência. 3. No caso, mostra-se irrelevante a detração do período de prisão cautelar, nos termos do art. 387, § 2º, do CPP, considerando que o regime prisional mais gravoso foi estabelecido em virtude da reincidência do réu. Precedentes. 4. "O entendimento desta Corte Superior é de que 'a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não é possível quando existente condição de reincidência do réu, ainda que não seja específica' (AgRg no AR Esp n. 1.670.024/DF, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, 5ª T., D Je)." (AgRg no HC n. 671.816/SC, relator Ministro10/6/2020 Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em , D Je de .).11/10/2022 17/10/2022 5. O pedido de análise de progressão de regime não foi objeto de cognição pelo Tribunal de origem. Logo, inviável o enfrentamento do tema por esta Corte Superior, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância, além de se tratar de inovação recursal. Precedentes. 6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AR Esp n. 2.310.082/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 23/5/2023, D Je de 26/5/2023.)

Ademais, a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em razão da valoração negativa de circunstâncias judiciais, reforça a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Especialmente quando a pena- base é estabelecida acima

do mínimo legal, em virtude de maus antecedentes, a substituição da pena não se mostra adequada.

Quanto à detração, o pleito neste ponto também deve ser improvido. Essa questão foi abordada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que decidiu pela manutenção do regime semiaberto sob os seguintes fundamentos:

Para fixação do regime inicial de cumprimento de pena, leva-se em conta a) previsão legal impondo regime inicial; b) quantidade da pena imposta; c) reincidência; d) circunstâncias judiciais do art. 59 do CP; e) gravidade concreta da execução do crime e, por fim, f) a periculosidade à sociedade. Como se viu, ele ostenta condenações que configuram maus antecedentes e reincidência, aspecto que evidencia sua periculosidade e justifica a manutenção do regime intermediário, à luz do que preconizam os artigos 33, §3º, e 59, III, do Código Penal, satisfazendo, portando, o binômio necessidade/suficiência.

Cabe invocar ensinamento do STF: “A determinação do regime inicial de cumprimento da pena não depende apenas das regras do caput do art. 33 e seu parágrafo 2º do Cód. penal, mas, também, de suas próprias ressalvas, conjugadas com o caput do art. 59 e inciso III (RHC 64.970). E deve ser feita, nos termos do parágrafo 3º do art. 33, com observância dos critérios previstos no art. 59.” (HC nº 70.289-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sidney Sanches, in RTJ, 14 0). 8:49

Com a nova redação do art. 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, na detração, pode ser feita escolha do regime. No caso, o tempo de prisão, suas condições objetivas e subjetivas, já comentadas, são sopesadas, deixando-se no regime eleito; acrescente-se que se houvesse execução, provisória ou definitiva, esse juízo seria feito, necessariamente, sob pena de ter-se apenas uma operação aritmética, que não convém. Exige-se uma resposta pouco mais rigorosa, para não se desdenhar a extrema repulsa desses tipos de infrações penais, que têm seu índices aumentado no Estado de São Paulo, tão à mercê da insegurança, conforme noticiado pela mídia. Não há crítica nesta assertiva, apenas a retratação do que vem ocorrendo. Não se quer, com o regime mais severo, consertar o "status quo" ou o porvir, apenas contribuir para uma prognose mais eficaz.

O Tribunal enfrentou concretamente a questão ao considerar a reincidência e os maus antecedentes do agravante como fatores determinantes para a fixação do regime semiaberto, conforme preconizam os artigos 33, §3º, e 59, III, do Código Penal. A decisão destacou que, além da quantidade de pena imposta, a reincidência e as circunstâncias judiciais desfavoráveis evidenciam a periculosidade do agravante, justificando a manutenção do regime intermediário. Isso, mesmo diante da alegação de cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão, como o recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga.

O acórdão recorrido destacou que, embora a nova redação do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal permita a escolha do regime com base na detração, tais fundamentos não

alterariam o regime inicial, pois a escolha do regime não se baseou apenas no tempo de prisão, mas também nas condições objetivas e subjetivas do agravante; o que inclui a reincidência e maus antecedentes.

Portanto, a pretensão defensiva de alterar o regime inicial com base na detração não encontra amparo na jurisprudência consolidada do STJ. Isso porque o regime semiaberto foi fixado não apenas pelo montante de pena estipulado, mas também pela reincidência e circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CRIME DE HOMICÍDIO TENTADO. TESE DE PRONÚNCIA E CONDENAÇÃO BASEADAS APENAS EM DEPOIMENTOS DE "OUVI DIZER" E EM PROVAS NÃO JUDICIALIZADAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. PACIENTE REINCIDENTE. RECONHECIMENTO DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DETRAÇÃO PENAL. IRRELEVÂNCIA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Como é de conhecimento, não basta, para inaugurar a competência desta Corte Superior, que a Corte local tenha declinado genericamente a existência de indícios suficientes de autoria e a materialidade para a pronúncia do Réu. Deve a instância pretérita debater minuciosamente a tese suscitada pela Defesa (AgRg no HC n. 831.509/BA, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em , D Je de).28/8/2023 30/8/2023 2. Na hipótese, em relação à alegada utilização, exclusivamente, de elementos informativos não reproduzidos em juízo e de testemunhos de "ouvir dizer" em desfavor do paciente, verifica-se que os temas não foram efetivamente debatidos pela Corte local, tanto no julgamento do recurso em sentido estrito, quanto da apelação, contra a qual, a propósito, a defesa sequer opôs embargos de declaração, a fim de sanar eventual omissão da Corte local. Assim, se o tema não foi efetivamente debatido pelo Tribunal de origem, esta Corte Superior fica impedida de se antecipar à matéria, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância e violação dos princípios do duplo grau de jurisdição e devido processo legal. 3. No que tange ao regime prisional, havendo circunstância judicial negatizada pelas instâncias ordinárias na primeira etapa da dosimetria e a condição de reincidente do paciente, está justificada a fixação de regime prisional mais gravoso do que aquele que o quantum de pena atrairia. 4. Nesse panorama, Eventual detração penal não influenciaria na escolha do modo de encarceramento, pois a fixação do regime inicial fechado não decorreu do montante de pena estipulado, mas, sim, da reincidência e da circunstância judicial desfavorável, o que afasta a pretensão defensiva (AgRg no HC n. 894.475/SP, relator Ministro Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do Tjsp), Sexta Turma, julgado em , D Je

de 17/6/2024).21/6/2024 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC n. 943.575/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 11/4/2024, DJe de 6/11/2024.)

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DETRAÇÃO PENAL. IRRELEVÂNCIA. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. REINCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I. Caso em exame 1. Agravo regimental interposto contra decisão que negou provimento a recurso especial, no qual se alegava violação ao art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, em razão da não aplicação da detração do tempo de prisão provisória para fixação de regime prisional mais brando. 2. O agravante foi condenado por lesão corporal e ameaça, com pena de 5 meses e 12 dias de detenção, em regime inicial semiaberto, mantida em apelação. A defesa sustentou que o Tribunal de Justiça não aplicou a detração do tempo de prisão cautelar para fixar o regime prisional. II. Questão em discussão 3. A questão em discussão consiste em saber se a não aplicação da detração do tempo de prisão provisória para fixar o regime prisional, mesmo diante das circunstâncias judiciais desfavoráveis e da reincidência, viola o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal. III. Razões de decidir 4. A jurisprudência do STJ entende não haver violação ao art. 387, § 2º, do CPP quando a detração não altera o regime inicial de cumprimento de pena, fixado com base em fundamentação concreta, diante da constatação de circunstâncias judiciais desfavoráveis e da reincidência. 5. A fundamentação para o regime semiaberto está pautada na reincidência e em circunstâncias judiciais negativas, o que transcende o quantum de pena aplicada, tornando irrelevante a aplicação da detração. IV. Dispositivo e tese 6. Agravo regimental desprovido. Tese de julgamento: "A detração do tempo de prisão cautelar é irrelevante para a fixação do regime prisional quando o regime mais gravoso é fundamentado em circunstâncias judiciais desfavoráveis e na reincidência". Dispositivos relevantes citados: CP, art. 33, §§ 2º e 3º; CPP, art. 387, § 2º. Jurisprudência relevante citada: STJ, R Esp 1.843.481/PE, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 07.12.2021; STJ, AgRg no HC 852.812/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 26.09.2023. (AgRg no AR Esp n. 2.414.553/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 17/12/2024, DJEN de 23/12/2024.)

Ante o exposto, com fulcro no art. 253, parágrafo único, incisos I e II, "b", do Regimento Interno do STJ, conheço do agravo para conhecer em parte do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento."

Da análise das razões do agravo regimental, verifica-se que a parte limitou-se a reiterar os argumentos já expostos na petição do recurso especial, os quais já foram analisados, e rejeitados, na decisão agravada.

Como cedição, *"O agravo regimental deve apresentar argumentos novos e suficientes para se mostrar apto a reformar a decisão agravada, sob pena de manutenção do julgado por seus próprios fundamentos"* (gRg no AgRg no RHC 166448 / SC, Relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 06/02/2024, DJe 26/02/2024).

Reforço que o Tribunal de origem concluiu que inexistiu cerceamento de defesa, sendo certo que as alegações finais a que sustenta a defesa não ter tido acesso encontram-se na ata da audiência de instrução e julgamento, sem insurgência quanto ao ponto no referido ato, tendo, ademais, a Corte estadual apontado a inexistência de prejuízo ao réu, de modo que a alterações das citadas conclusões demandaria aprofundado revolvimento do acervo fático-probatório dos autos.

Além disso, certo é também que a nulidade deveria ter sido arguida pela defesa na própria audiência em que ocorreu o alegado vício, com registro na ata, sob pena de preclusão, uma vez que a jurisprudência desta Corte evoluiu para considerar que no processo penal mesmo as nulidades absolutas exigem prejuízo e estão sujeitas à preclusão. Nesse sentido: AgRg no AgRg no AREsp 2395723 / MS, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 19/08/2024, DJe 27/08/2024.

De outro lado, conforme constou na decisão agravada, além de reincidente, o recorrente possui maus antecedentes, o que, de fato, impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Não por outro motivo foi indeferido tal pleito pelo juízo de primeiro grau, conforme constou na sentença, *in verbis*: *"Considerando os maus antecedentes e reincidência criminal que o réu ostenta, não são cabíveis os benefícios previstos nos arts. 44 e 77 do CP"* (e-STJ fl. 172).

Por fim, a detração não foi realizada por não possuir o juízo *"elementos suficientes para tanto, o que deve ser feito pelo Juízo da Execução"* (e-STJ fl. 172), adotando orientação que *"está em consonância com o entendimento consolidado de que a ausência de dados precisos sobre o tempo de prisão preventiva transfere ao Juízo da execução penal a tarefa de aplicar a detração"* (AgRg no HC 903992 / SP, Relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 30/04/2025, DJEN 08/05/2025).

Vale destacar, ademais, por oportuno e necessário, que o regime inicial semiaberto não decorreu tão somente do *quantum* de pena aplicado, mas também da reincidência e dos maus antecedentes do recorrente (e-STJ fl. 172 e fl. 298).

Logo, *"Irrelevante o desconto da prisão provisória nas hipóteses de fixação do regime prisional mais gravoso com fundamento nos maus antecedentes e na reincidência do réu"* (AgRg no HC 871969 / SP, Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma,

julgado em 8/4/2024, DJe 11/4/2024). Em igual sentido: AgRg no AREsp 2320685 / SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17/10/2023, DJe 30/10/2023.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2024/0478488-1

AgRg no
AREsp 2.826.457 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15018258220228260599 23337642022

EM MESA

JULGADO: 12/08/2025

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CARLOS CINI MARCHIONATTI (DESEMBARGADOR CONVOCADO TJRS)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. LUCIANO MARIZ MAIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : DANILO AUGUSTO RODRIGUES DE MORAES GASPARINI
ADVOGADOS : WILLEY LOPES SUCASAS - SP148022
ANDRE CAMARGO TOZADORI - SP209459
LUIZ FELIPE GOMES DE MACEDO MAGANIN - SP340758
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Trânsito

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : DANILO AUGUSTO RODRIGUES DE MORAES GASPARINI
ADVOGADOS : WILLEY LOPES SUCASAS - SP148022
ANDRE CAMARGO TOZADORI - SP209459
LUIZ FELIPE GOMES DE MACEDO MAGANIN - SP340758
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.