



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 397.881 - MS (2017/0097111-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : **ROGERIO LOPES (PRESO)**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
AGRAVADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. AUMENTO. QUANTIDADE DA DROGA E MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. APLICAÇÃO DO ART. 387, § 2º, DO CPP. DETRAÇÃO PENAL. DESCONTO DO PERÍODO EM QUE O PACIENTE PERMANECEU PRESO CAUTELARMENTE. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO IMEDIATA NO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade regrada do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

2. De acordo com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, na fixação da pena, o julgador deve valorar, com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais, a natureza e a quantidade da droga. As instâncias originárias procederam à exasperação da pena-base em razão da quantidade de entorpecentes apreendidos (4,280kg de maconha e 47g de cocaína) – o que revela a ausência de ilegalidade e, portanto, a desnecessidade de qualquer reparo – bem como da presença dos maus antecedentes do paciente.

3. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do CP). Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que aquele que permitir a pena aplicada, quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito.

4. Com o advento da Lei n. 12.736/2012, o Juiz processante, ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

proferir sentença condenatória, deverá detrair o período de custódia cautelar para fins de fixação do regime prisional. Mostra-se forçoso reconhecer 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, sobre a possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado. Precedentes.

5. Considerando que a pena fixada ao paciente supera os 4 anos de reclusão (7 anos e 6 meses de reclusão), a aplicação da detração, na hipótese, não repercutiria no regime prisional, especialmente em razão da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis (quantidade de droga apreendida e maus antecedentes), além da reincidência do acusado.

6. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília, 20 de fevereiro de 2018 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 397.881 - MS (2017/0097111-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : **ROGERIO LOPES (PRESO)**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
AGRAVADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por ROGÉRIO LOPES contra decisão monocrática de minha lavra que não conheceu da ordem de *habeas corpus* a fim de readequar a pena-base imposta ao paciente no seu mínimo legal, bem como reconhecer o instituto da detração penal (e-STJ fls. 505/514).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 800 (oitocentos) dias-multa, pela prática da conduta tipificada no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista que foi surpreendido na posse de **4,280kg (quatro quilogramas e duzentos e oitenta gramas) de maconha e 47g (quarenta e sete gramas) de cocaína** (e-STJ fls. 239/247).

Interposta apelação, a Segunda Câmara Criminal deu parcial provimento ao recurso para compensar a confissão com a reincidência (e-STJ fls. 342/348).

Recebeu o acórdão esta ementa:

APELAÇÃO - PENAL - TRÁFICO DE DROGAS - REDUÇÃO DA PENA-BASE - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS REINCIDÊNCIA - AGRAVANTE CARACTERIZADA - CONFISSÃO E REINCIDÊNCIA - COMPENSAÇÃO - DETRAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PARCIAL PROVIMENTO.

A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis justifica a imposição da pena-base acima do mínimo legal.

Constatada a multiplicidade de condenações transitadas em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Julgado mostra-se legítima a valoração de uma delas como maus antecedentes e outra como reincidência.

Compensa-se a reincidência com a confissão espontânea.

Tratando-se de sanção privativa de liberdade permeada por peculiaridades capazes de influenciar na imposição do regime prisional, especialmente a reincidência, correta a decisão do julgador de determinar a realização da detração quando da execução penal, vez que na elaboração do cálculo de liquidação serão devidamente apreciadas as circunstâncias de adequação do regime prisional.

Apelação defensiva a que se dá parcial provimento para compensar as circunstâncias judiciais da confissão e reincidência.

No *writ*, a Defensoria Pública apontou constrangimento ilegal decorrente da exasperação da pena-base, bem como do não reconhecimento do instituto da detração a fim de determinar o regime inicial de cumprimento da pena.

Sustentou ausência de proporcionalidade para a fixação e manutenção da pena-base no montante de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses além do mínimo legal, considerando-se como circunstância do crime apenas a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas, apesar da sua não expressividade.

Alegou, ainda, que o regime prisional foi fixado desprezando-se completamente o período em que o paciente encontrava-se preso cautelarmente, não sendo observado o disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal. Afirmou que, mesmo diante do fator objetivo – quantidade da pena após a detração –, e considerando-se a reincidência do paciente, caberia a alteração do regime prisional para o semiaberto.

Pugnou, assim, a concessão da ordem para reduzir a pena-base em patamar próximo ao mínimo legal, bem como para realizar a detração penal (e-STJ fls. 1/17).

A ordem de *habeas corpus* foi denegada. No que tange ao pedido de redução da pena-base, verificou-se que a reprimenda foi devidamente exasperada com fundamento nas circunstâncias do delito, em razão da expressiva quantidade de droga apreendida – 4,280kg (quatro quilos e duzentos e oitenta gramas) de cocaína, bem como dos maus antecedentes do réu. Em relação à aplicação da detração com o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consequente abrandamento do regime prisional, não se vislumbrou constrangimento ilegal decorrente do não reconhecimento do instituto, uma vez que não haveria alteração no regime inicialmente estabelecido, que se encontra devidamente fundamentado diante da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto que a sanção básica foi fixada em patamar além do mínimo.

Neste agravo regimental, a defesa reitera que a ínfima quantidade de droga apreendida não se mostra suficiente para exasperar a pena-base em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses acima de seus moldes legais, em obediência ao princípio da proporcionalidade. E informa que a quantidade de entorpecentes encontrados em poder do ora agravante (4,280kg de maconha e 47g de cocaína) não pode ser considerada significativa diante das vultosas apreensões ocorridas no Estado sul-matogrossense, devendo a reprimenda básica ser estabelecida em seu patamar mínimo.

No que tange ao instituto da detração penal, afirma que o tempo de prisão cautelar deve, sim, ser considerado para a alteração do regime inicial de cumprimento da reprimenda, com o seu abrandamento, consoante determina o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Diante disso, pede a reconsideração da decisão, ou, caso assim não se entenda, a remessa do presente recurso à Sexta Turma desta Casa para que seja reformada a decisão monocrática recorrida, que não conheceu do *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 397.881 - MS (2017/0097111-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Como se vê do relatório, busca-se, neste agravo regimental, a reforma da decisão singular que não conheceu a ordem de *habeas corpus* para fixar a pena-base, imposta ao paciente, em seu patamar mínimo, além de reconhecer o instituto da detração penal, com o consequente abrandamento do regime inicial de cumprimento da sanção que lhe fora imposta.

Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta à certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

Na espécie, o Juízo singular, ao proceder à dosimetria, exasperou a pena-base com fundamento nas **circunstâncias do crime**, em razão da expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos em poder do paciente – **4,280kg (quatro quilogramas e duzentos e oitenta gramas) de maconha e 47g (quarenta e sete gramas) de cocaína** –, bem como dos **maus antecedentes**.

Confira-se o seguinte trecho da sentença (e-STJ fl. 245):

Atento ao critério trifásico de dosimetria da pena, previsto em nossa legislação penal, passo à fixação da pena para o réu ROGÉRIO LOPES:

1ª Fase (pena-base): os antecedentes do acusado devem ser levados em consideração, pois pesam contra ele duas condenações anteriores com trânsito em julgado (autos 0008876-19.2009.8.12.0001 e 054668-25.2011.8.12.0001), conforme informações de fls. 218 e 221, e, embora ambas sejam aptas a configurar a reincidência, uma delas será sopesada como maus antecedentes; as circunstâncias do crime também recomendam a exasperação da pena, pois o acusado foi surpreendido em posse de expressiva quantidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

maconha, cerca de 4,280Kg, e cocaína, cerca de 47g, elevando sobremaneira a gravidade da conduta; nada a considerar sobre a culpabilidade, a conduta social, personalidade, motivos do crime, comportamento da vítima e consequências do crime. Fixo a PENA BASE em 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

2ª Fase (atenuantes e agravantes genéricas): está presente na hipótese da agravante da reincidência, prevista no art. 61, inciso I, do CP, atendidos os requisitos do art. 64 do mesmo Código, em concurso com a atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 5, III, "d", do CP. Todavia, a par do entendimento esposado por alguns tribunais, entendo que a reincidência prepondera sobre confissão espontânea, tendo em vista a redação do art. 67 do CP. Desta forma fixo a PENA INTERMEDIÁRIA em 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão e 800 (oitocentos) dias-multa.

3ª Fase (causas de aumento ou de diminuição de pena): Não há causas de diminuição de pena, tampouco de aumento de pena. Não incide a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 em virtude do réu ser reincidente, motivo pelo qual torno a **PENA DEFINITIVA no patamar de 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão e 800 (oitocentos) dias-multa. Fixo o dia-multa em 1/30 do salário mínimo vigente (grifei).**

O Tribunal local, por sua vez, deu parcial provimento ao apelo defensivo para compensar a confissão espontânea com a reincidência, mantendo os demais termos da r. sentença, conforme se extrai da seguinte transcrição (e-STJ fls. 346/347):

Ao dosar a pena-base o julgador singelo considerou desfavoráveis ao acusado os antecedentes criminais "pois pesam contra ele duas condenações anteriores com trânsito em julgado (autos 0008876-19.2009.8.12.0001 e 0054668-25.2011.8.12.0001), conforme informações de fls. 218 e 221, e, embora ambas sejam aptas a configurar a reincidência, uma delas será sopesada como maus antecedentes"; as circunstâncias do crime "pois o acusado foi surpreendido em posse de expressiva quantidade de maconha, cerca de 4,280Kg, e cocaína, cerca de 47g, elevando sobremaneira a gravidade da conduta", e, portanto, resta justificada a imposição da pena-base acima do mínimo legal.

De outro vértice, não há falar em exclusão da reincidência, pois como visto o acusado apresenta mais de uma condenação transitada em julgado e, portanto, mostra-se plenamente válida a consideração de uma delas como maus antecedentes e outra como agravante.

Melhor sorte conta o acusado quanto à compensação de confissão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e reincidência, visto que ambas as circunstâncias referem-se à personalidade do acusado e, conforme art. 67, do Código Penal, devem ser compensadas entre si.

Assim, partindo da pena parcial de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, sobre a qual incide confissão e reincidência sendo ambas compensadas entre si e, portanto, não exercem influência na reprimenda quedando-se a mesma definitivamente neste patamar (grifei).

O legislador ordinário não estabeleceu percentuais fixos para nortear o cálculo da pena-base, deixando a critério do julgador encontrar parâmetros suficientes a desestimular o acusado e a própria sociedade a praticarem condutas reprováveis semelhantes, bem como a garantir a aplicação da reprimenda necessária e proporcional ao fato praticado.

E mais, a legislação ordinária não exige que as circunstâncias judiciais sejam todas consideradas desfavoráveis para a fixação da pena em patamar superior ao mínimo previsto no preceito secundário da norma penal.

Entretanto, atento às peculiaridades relacionadas aos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, o art. 42 anuncia parâmetros outros para o cálculo da pena-base, esclarecendo que o magistrado, ao estabelecer a sanção, considerará, com preponderância sobre os critérios previstos no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade do produto ou da substância apreendida. De fato, como se trata de crime contra a saúde pública, quanto mais nociva a substância entorpecente ou quanto maior a quantidade de droga apreendida em poder do agente, maior será o juízo de censura a recair sobre a conduta delituosa.

Desse modo, as circunstâncias do caso concreto, conjugadas com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, nortearão o sentenciante na escolha do patamar de aumento de cada circunstância judicial negativa.

No caso em apreço, as instâncias originárias, respeitando os critérios acima referidos, bem como os pormenores da situação em concreto, fixaram e mantiveram o aumento da reprimenda básica acima do mínimo legal não só destacando **a elevada quantidade de entorpecentes apreendidos**, mas também levando em consideração **os maus antecedentes**. Tal o contexto, não observo teratologia no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cálculo da sanção a justificar a concessão da ordem de ofício.

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTUM DE EXASPERAÇÃO. QUANTIDADE DAS DROGAS E NATUREZA DE UMA DELAS. MAUS ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. DECRETO DE PERDIMENTO DE BEM EM FAVOR DA UNIÃO. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE. INADEQUAÇÃO DO HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE RISCO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.

1. O habeas corpus, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes do writ.

2.A Corte de origem adotou fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo, não parecendo arbitrário ou desarrazoado o quantum imposto, tendo em vista a quantidade de drogas e a natureza de uma das substâncias entorpecentes apreendidas - 793,5 g de maconha e 45 de cocaína -, (art. 42 da Lei n.º 11.343/06), e a existência de maus antecedentes.

3. O habeas corpus não é via idônea à discussão acerca da alegada ilegalidade do decreto de perdimento de bem em favor da União, ante a ausência de ameaça/ violação à liberdade de locomoção.

4. Habeas corpus não conhecido (HC 377.414/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 02/02/2017, grifei).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. INAPLICABILIDADE DA REDUTORA DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS NOVOS PARA ATACAR A DECISÃO IMPUGNADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Encontra-se devidamente justificada a fixação da pena-base acima do mínimo legal com fundamento nos quesitos impugnados, quais sejam, a quantidade, natureza dos estupefacientes e os maus antecedentes, sendo certo que a alteração do entendimento firmado pela instância de origem, no sentido de reconhecer que a quantidade de drogas apreendidas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não seria expressiva e que a condenação anterior não teria transitado em julgado antes da sentença, demandaria revolvimento do conteúdo fático probatório dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, em razão do óbice estabelecido na Súmula 7/STJ.

[...]

3. O agravo regimental não traz argumentos novos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, razão por que deve ser mantida a decisão monocrática proferida.

4. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 411.523/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 26/06/2017, grifei).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. POSSIBILIDADE. ESGOTAMENTO RECURSAL DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA BÁSICA FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. REINCIDÊNCIA. AUMENTO SUPERIOR A 1/6 (UM SEXTO). PROPORCIONALIDADE. RÉU MULTIRREINCIDENTE.

[...]

3. Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em habeas corpus apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

4. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, são suficientes a motivar a exasperação da pena-base a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida em poder do sentenciado - 2 (dois) tijolos maconha, pesando aproximadamente 863g (oitocentos e sessenta e três gramas), bem como 10 (dez) porções de cocaína, pesando aproximadamente 8,7g (oito gramas e sete decigramas). Precedentes.

5. Da análise da folha de antecedentes do sentenciado, constam quatro condenações definitivas. Assim, **correto o aumento da pena-base diante dos maus antecedentes, pois presente condenação definitiva em desfavor do paciente, anterior à data do fato em análise**, diferente da condenação utilizada na segunda etapa do cálculo da sanção para a configuração da reincidência.

6. Do mesmo modo, considerada uma condenação definitiva para a valoração negativa dos maus antecedentes; outra como fundamento para o reconhecimento da reincidência; remanesce



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenação passada em julgado bastante a justificar o aumento da reprimenda básica à conta da conduta social do agente. Precedentes.

7.O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena em razão da incidência das agravantes e atenuantes genéricas. Diante disso, a doutrina e a jurisprudência pátrias anunciam que cabe ao magistrado sentenciante, nos termos do princípio do livre convencimento motivado, aplicar a fração adequada ao caso concreto, em obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

[...]

9. Habeas corpus denegado (HC 362.098/RS, Minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 09/10/2017, grifei).

Verifica-se, portanto, que as decisões proferidas pelas instâncias ordinárias encontram-se em pleno alinhamento com a jurisprudência desta Corte Superior de que a expressiva quantidade de droga e sua natureza, constituem elementos aptos a justificarem a majoração da pena-base.

Assim, ao contrário do que sustenta a defesa, que houve excessivo rigor na majoração da reprimenda, na primeira fase da dosimetria, não vislumbro a ocorrência do alegado constrangimento ilegal, tendo em vista que foi devidamente considerada a quantidade de entorpecentes apreendidos (**4,280kg de maconha e 47g de cocaína**) em poder do paciente, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, além da presença de circunstância judicial desfavorável relacionada aos maus antecedentes, conforme o disposto no art. 59 do Código Penal.

Em relação ao reconhecimento do instituto da detração penal a fim de que seja estabelecido regime prisional mais brando para início de cumprimento da pena, nos moldes do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, melhor sorte não encontra o agravante.

Assim dispõe o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

[...]

§ 2º. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012).

Por este dispositivo, o julgador, no momento de proferir a sentença condenatória, para a finalidade específica de fixar o regime inicial de cumprimento da reprimenda, deverá descontar da pena definitiva o período em que o sentenciado ficou segregado provisoriamente, o que poderá ensejar a fixação de regime inicial mais brando, sem a necessidade de aferição dos requisitos objetivo e subjetivo para a progressão de regime.

O art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, refere-se ao regime inicial de cumprimento de pena e não possui relação com o instituto da progressão de regime, própria da execução penal, devendo o juiz sentenciante verificar, no momento da prolação da sentença, a possibilidade de se fixar um regime mais brando em razão da detração, não havendo que se falar em análise dos requisitos objetivos e subjetivos, mas tão somente no tempo de prisão provisória naquele processo.

O Tribunal *a quo* manteve a decisão proferida na sentença nestes termos (e-STJ fls. 347/348):

De outro vértice, ao analisar a possibilidade de detração o julgador (f.

228/229):

*"Com relação à detração para fins de regime inicial de pena, penso que tal previsão é inconstitucional, já que confunde fase de aplicação da pena com cumprimento, prejudicando-se a individualização da pena. Além disso, para se analisar eventual progressão de regime é necessária a apreciação de circunstâncias pessoais do sentenciado. **A detração será considerada para expedição de guia de recolhimento provisória ou definitiva. Fixo, pois, regime inicialmente FECHADO (art. 33, §2º, "a" CP). O regime para início do cumprimento da pena privativa de liberdade é o FECHADO por expressa previsão legal e, além disso, por conta da gravidade concreta do delito e das circunstâncias judiciais desfavoráveis**".*

Tendo em vista as peculiaridades do caso em análise, especialmente a reincidência, verifica-se que a par da detração subsistiriam razões para imposição do regime fechado e, portanto, agiu com acerto o julgador ao determinar a realização da mesma por ocasião da emissão da guia de recolhimento (provisória ou definitiva) quando na elaboração do cálculo de liquidação serão apreciadas eventuais penas remanescentes pela reincidência ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

frações a incidirem sobre o quantum da pena e capazes de influenciar no regime prisional (grifei).

Logo, ainda que realizada a detração penal do período de pena referente à prisão cautelar, não haveria nenhuma alteração no regime inicialmente estabelecido.

Ressalta-se que, considerada a quantidade de pena aplicada (7 anos e 6 meses de reclusão), fixada a pena-base acima do mínimo legal em razão da gravidade concreta do delito – quantidade de entorpecentes apreendidos –, bem como das circunstâncias judiciais desfavoráveis – maus antecedentes e reincidência –, não se vislumbra constrangimento ilegal decorrente da fixação do regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda, de modo que, mesmo com a detração, não haveria mudança no regime prisional.

As decisões proferidas pelas instâncias de origem encontram-se em consonância com o entendimento jurisprudencial firmado por esta Casa, senão vejamos:

PENAL. HABEAS CORPUS. [...] REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REPRIMENDA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REINCIDÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 387, § 2.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

3. Nos termos do art. 33 do CP, fixada a pena em patamar superior a 4 anos de reclusão, não é cabível a estipulação do regime inicial semiaberto, quando existe circunstância judicial desfavorável e o réu é reincidente.

4. 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, revelado na execução penal, eis 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 juiz sentenciante a verificação da possibilidade de se estabelecer um regime inicial mais brando, tendo em vista a detração no caso concreto. Notabiliza-se que o mencionado artigo não evidencia progressão de regime, motivo pelo qual não há falar em exame dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

*5. A ação constitucional, no tocante à aplicação do art. 387, § 2.º, do CPP, não se reveste do indispensável requisito formal, qual seja, o interesse de agir, já que o fato de o paciente ter cumprido 1/6 de uma condenação de 5 anos e 7 meses de reclusão, conforme afirmado pela defesa, não surtirá efeito no estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena. **O parâmetro básico de avaliação para fixação do regime inicial (quantum de pena, circunstâncias judiciais e reincidência) não se altera com aplicação do art. 387, § 2.º, do CPP, eis que, na hipótese, há circunstâncias judiciais desfavoráveis e reincidência, logo, independente do quantum de pena restante, o cenário revela a adequação do regime inicial fechado.***

6. Habeas corpus não conhecido (HC 321.808/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 18/06/2015, grifei).

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (ART. 2º, §§ 2º, 3º E 4º DA LEI N. 12.850/2013). FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. GRAVIDADE EM CONCRETO DA CONDUTA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. APLICAÇÃO DO ART. 387, § 2º, DO CPP. DETRAÇÃO PENAL. DESCONTO DO PERÍODO EM QUE O PACIENTE PERMANECEU PRESO CAUTELARMENTE. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO IMEDIATA NO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o Julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do CP). Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que permitir a pena aplicada, quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito.

3. Hipótese em que o Juízo Sentenciante, no que foi acompanhado pela Corte de origem, ao fixar a pena definitiva de 5 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão e estabelecer o regime inicial fechado, embora tenha feito menção à gravidade abstrata do delito, fundamento que ora se afasta, afirmou que o regime mais gravoso de cumprimento de pena está justificado, "ante a periculosidade dos agentes, em especial ante o fato de tratar-se de fatos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

praticados em conluio com um menor de idade, não se podendo perder de vista a gigantesca quantidade de armas de fogo e munições apreendidas nos autos". O Tribunal de origem ressaltou, ainda, que, da r. sentença, extrai-se um vasto acervo probatório a indicar que o paciente exerce a liderança em organização criminosa há muito articulada.

4. Assim, o estabelecimento de regime prisional mais gravoso foi devidamente justificado, com esteio em elementos concretos extraídos da conduta criminosa, não se verificando afronta ao teor dos Enunciados ns. 718 e 719 da Súmula do STF e 440 da Súmula do STJ.

5. Ao contrário do que foi afirmado pelos juízos ordinários, o instituto de que trata o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não se confunde com a progressão de regime, própria da execução penal e de competência do juízo das execuções criminais. Por aquele dispositivo, o Julgador, no momento de proferir a sentença condenatória, para a finalidade específica de fixar o regime inicial de cumprimento da reprimenda, deverá descontar da pena definitiva o período em que o sentenciado ficou segregado provisoriamente, o que poderá ensejar a fixação de regime inicial mais brando, sem a necessidade de aferição dos requisitos para a progressão de regime.

6. No caso em exame, levando-se em conta que o paciente foi condenado à pena definitiva de 5 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão e que os juízos ordinários justificaram devidamente a imposição de regime prisional imediatamente mais gravoso do que o permitido pela pena aplicada, verifico que o desconto daquele período (11 meses e 25 dias) não acarretaria repercussão direta no regime inicial de cumprimento de pena, haja vista que a pena continuará sendo superior a 4 anos, o que autoriza a fixação do fechado, regime imediatamente mais gravoso.

7. Habeas corpus não conhecido (HC 337.077/SP, Minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016).

PENAL. PETIÇÃO RECEBIDA COMO AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM HABEAS CORPUS. [...] DETRAÇÃO PENAL. ART. 387, § 2º, CPP. ANÁLISE IRRELEVANTE. REPRIMENDA FINAL EM PATAMAR SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO MESMO APÓS OS DESCONTOS. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO. AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

3. O artigo 387, § 2º, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prisão cautelar do acusado.

4. In casu, mesmo que se procedesse à detração do período de custódia cautelar efetivamente cumprido pelo paciente, a condenação permaneceria em patamar superior a 4 anos de reclusão e, em razão da existência de circunstância judicial desfavorável, o regime inicial para o cumprimento da pena continuaria a ser o fechado, sendo, pois, irrelevante a análise da questão.

5. Petição recebida como agravo regimental, ao qual nego provimento (PET no RHC 83.141/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 24/11/2017, grifei).

À vista de tais pressupostos, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0097111-0

AgRg no
HC 397.881 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00020178620168120018 20178620168120018

EM MESA

JULGADO: 20/02/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS FREDERICO SANTOS**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	: ROGERIO LOPES (PRESO)
CORRÉU	: ERMANDO ARANTES DE SOUZA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	: ROGERIO LOPES (PRESO)
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.