



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 347.133 - SP (2016/0009189-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GUILHERME DINIZ BARBOSA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEONARDO FELIPE DOS REIS LIMA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. RECEPÇÃO. REGIME PRISIONAL. PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REINCIDÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIA CONCRETA QUE REVELA MAIOR DESVALOR DA AÇÃO. SÚMULA 269/STJ. NÃO APLICAÇÃO. ART. 387, § 2º, DO CPP. DETRAÇÃO. CRITÉRIO OBJETIVO. PENA FIXADA EM PATAMAR INFERIOR A 4 ANOS. REGIME MAIS GRAVOSO COM BASE NA REINCIDÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIA CONCRETA DESFAVORÁVEL. IRRELEVÂNCIA DO EVENTUAL APROVEITAMENTO DO TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. "É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais" (Súmula 269/STJ).

3. Na espécie, embora a reprimenda final tenha sido fixada em patamar não superior a 4 anos, o regime prisional fechado foi fixado com fundamento em circunstâncias idôneas e concretas, quais sejam, a reincidência do paciente e a existência de circunstância que revela maior desvalor da ação, qual seja, nova prática delitiva após o benefício da progressão de regime.

4. No que toca à pretendida aplicação da norma prevista no § 2º do art. 387 do Código de Processo Civil, é possível identificar que os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias não são idôneas, na medida em que simplesmente remetem para a execução penal a análise da detração, mediante a alegada necessidade de aferição do elemento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

subjetivo, próprio da progressão de regime, o que contraria o expresse comando normativo e a jurisprudência desta Corte.

5. O cômputo da prisão provisória para efeito de fixar o regime inicial, conforme o comando do § 2º do art. 387 do CPP, demanda análise objetiva sobre a eventual redução da pena para patamar mais brando, dentre as balizas previstas no § 2º do art. 33 do Código Penal.

6. No caso, a pena já se encontrava em patamar não superior a 4 anos de reclusão, sendo fixado o regime inicial fechado em virtude da reincidência e existência de circunstância judicial desfavorável, razão pela qual a efetiva detração de eventual pena cumprida de forma provisória seria irrelevante.

7. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de abril de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 347.133 - SP (2016/0009189-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GUILHERME DINIZ BARBOSA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEONARDO FELIPE DOS REIS LIMA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LEONARDO FELIPE DOS REIS LIMA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0010553-68.2014.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 1 ano, 1 mês e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 180, *caput*, do Código Penal (e-STJ fls. 7/11).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi desprovido (e-STJ fls. 12/17), em acórdão assim ementado:

RECEPÇÃO - Apelo do réu - Absolução - Impossibilidade - Acusado surpreendido conduzindo veículo objeto de furto - Circunstâncias fáticas a demonstrar que o réu tinha plena ciência da origem ilícita do bem - Condenação de rigor - Pleito de desclassificação para a forma culposa rechaçado - Correta a dosimetria da reprimenda - Pedido de detração da pena e consequente alteração do regime prisional rechaçado (art. 387, § 2º do CPP) - Matéria que deverá ser dirimida pelo MM. Juízo da Vara das execuções criminais - Regime fechado inalterado.

RECURSO DESPROVIDO.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/6), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois manteve sentença que fixou o regime inicial fechado. Aduz que o paciente, embora reincidente, possui circunstâncias judiciais favoráveis, razão pela qual seria possível a fixação de regime mais brando, na esteira do enunciado da Súmula 269/STJ. Além disso, assevera que permaneceu preso,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

provisoriamente, entre a data dos fatos (2/2/2014) e a sentença (13/10/2014), por mais de 8 meses, o que equivale a mais de um sexto da pena, razão pela qual faria jus ao regime aberto, com base no art. 387, § 2º, do CPP.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede que o paciente seja transferido para o regime aberto.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 27/28).

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 40/52.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 56/61, opinou pelo não conhecimento do *writ* ou, eventualmente, pela denegação da ordem, conforme a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO, NOS TERMOS DA NOVA ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO STJ. RECEPÇÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. REINCIDÊNCIA. COMETIMENTO DO CRIME DURANTE O CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM REGIME ABERTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PELO NÃO CONHECIMENTO DA IMPETRAÇÃO E, CASO CONHECIDA, PELA DENEGAÇÃO DO PEDIDO.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 347.133 - SP (2016/0009189-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. 'MODUS OPERANDI'. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, no presente writ, em síntese, o reconhecimento de constrangimento ilegal no estabelecimento do regime inicial fechado.

No caso, o Juízo sentenciante fixou o regime prisional com base nos seguintes fundamentos (e-STJ fl. 10):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com esteio no artigo 33, do Código Penal, e considerando que o réu é reincidente em crime de roubo e estava cumprindo pena em regime aberto quando do cometimento dos fatos, a pena será cumprida em regime inicial fechado. Inviável a substituição da pena por medida restritiva de direito, nos termos do artigo 44, II, do Código Penal, em virtude da ausência dos requisitos subjetivos, bem como a concessão de sursis, pelo mesmo motivo. Friso que o réu cumpria pena em regime aberto quando do cometimento destes fatos, indicando não merecer qualquer tipo de benefício legal, além de não ter assimilado a terapêutica penal.

À míngua de outros elementos que autorizem a “progressão imediata” de regime de cumprimento da pena, a despeito de considerar o tempo que o réu esteve detido, mantenho-o no regime inicial fechado, nos termos da nova redação do artigo 387, §2º, do CPP. Isto porque não basta apenas o requisito objetivo da pena, mas também os subjetivos e, à míngua destes, mantenho o regime inicial aplicado.

Na mesma esteira, assentou a Corte de origem (e-STJ fl. 17):

Por fim, inviável o abrandamento do regime prisional fechado.

Isso porque, além da gravidade concreta da conduta receptação de automóvel, que, como se sabe, fomenta a prática reiterada de outros delitos patrimoniais, não raro com emprego de violência a recalcitrância delitiva do apelante, anteriormente condenado de forma definitiva pela prática de roubo majorado (fls. 10 apenso), tendo cometido o crime dos autos após ser beneficiado com a progressão ao regime aberto (fls. 8 do apenso), evidencia a necessidade de maior rigor no tratamento penal, nos termos art. 33, § 2º e § 3º, do Código Penal.

Ademais, consoante entendimento desta Egrégia Câmara: “não obstante a atual redação do artigo 387, § 2º, da lei penal adjetiva, nem sempre se afigura recomendável que o E. Juízo de conhecimento efetue desde logo a detração da sanção para fins de abrandamento do regime de encarceramento; às vezes convém que o E. Juízo de Execução se desincumba da tarefa, por se tratar de órgão estruturado especificamente para apurar incidentes de execução e com melhores condições de verificar a presença de variáveis prejudiciais à concretização do regime prisional imposto nessa seara (como a necessidade de unificação de penas).” (Apel. 0072611-44.2013.8.26.0050, rel. Des. Geraldo Wohlers, j. 11.11.2014, v.u.).

Extrai-se das transcrições supra que, não obstante a reprimenda final tenha sido fixada em patamar não superior a 4 anos, o regime prisional fechado foi fixado com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamento em circunstâncias idôneas e concretas.

Com efeito, além da reincidência, o paciente praticou o crime após ter sido beneficiado com a progressão ao regime aberto, circunstância que, embora não tenha sido empregada na fixação da pena-base, revela maior desvalor da conduta. A prática de novo crime nessa circunstância, aponta para a insuficiência de regimes mais brandos, sobretudo em virtude do caráter preventivo da pena.

Portanto, não obstante o entendimento consolidado na Súmula 269/STJ, que autoriza a fixação do regime semiaberto aos réus reincidentes quando favoráveis as circunstâncias judiciais, na espécie, o especial desvalor da conduta do acusado impede a fixação do regime mais brando.

Em hipóteses análogas, decidiu esta Corte:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO CONTRA ACÓRDÃO DE APELAÇÃO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. USO DE IDENTIDADE FALSA PARA OCULTAR A CONDIÇÃO DE FORAGIDO. DIREITO À AUTODEFESA. INAPLICABILIDADE. CONDUTA QUE SE AMOLDA AO ART. 304 DO CÓDIGO PENAL. REGIME INICIAL DE PENA FECHADO DEVIDAMENTE JUSTIFICADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. NÃO CONHECIMENTO. LIMINAR CASSADA.

[...]

5. Não obstante a estipulação da reprimenda final em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, encontra-se motivada, tanto pelo Juiz sentenciante quanto pelo Tribunal a quo, a sujeição ao regime fechado quando alicerçado em elementos concretos, a despeito desses não terem sido empregados na fixação da pena-base, estabelecida no mínimo legal. Na espécie, diante de particularidade fática (no qual o réu é reincidente, tendo praticado crime quando foragido do regime semiaberto), que revela um plus de reprovabilidade na conduta do paciente, e tendo em vista a reincidência, não há constrangimento ilegal no estabelecimento do regime mais gravoso. Embora o enunciado n.º 269 da Súmula deste STJ autorize a fixação de regime semiaberto a reincidente condenado a pena menor de quatro anos, o fato é que, na espécie, tendo o Paciente cometido o delito quando em cumprimento de pena por outro crime, justamente por ter abandonado o sistema penitenciário, não há como fixar, na espécie, outro regime carcerário que não o fechado.

6. Habeas corpus não conhecido. Cassada a liminar outrora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deferida. (HC 287.350/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 3/12/2014).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 157, § 2º, II, C.C O ARTIGO 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. REGIME INICIAL FECHADO. RÉU REINCIDENTE. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. NOVO CRIME COMETIDO DURANTE A FRUIÇÃO DE LIVRAMENTO CONDICIONAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

3. Consoante a Súmula 269 deste Superior Tribunal de Justiça e o artigo 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal, o paciente reincidente e condenado a pena inferior a 4 anos, poderia, desde o início, cumpri-la em regime semiaberto.

4. Contudo, no caso concreto, em observância à orientação sumular n. 719 do Supremo Tribunal Federal, o regime inicialmente fechado foi concretamente fundamentado pelas instâncias ordinárias e mostra-se, de fato, o mais adequado para a prevenção e repressão do delito perpetrado, pois o réu cometeu novo crime de roubo durante a fruição de livramento condicional.

5. A circunstância de o paciente haver cometido um roubo enquanto gozava de um benefício extramuros revela, ainda, a inadequação da fixação de regime inicial semiaberto para a nova incidência delitiva, sendo mais prudente observar e acompanhar a evolução do cumprimento da pena em regime inicial fechado.

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 279.541/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 29/5/2014).

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. DESCLASSIFICAÇÃO DE ROUBO PARA FURTO QUALIFICADO. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO DE CUMPRIMENTO DE PENA. FUNDAMENTAÇÃO. OCORRÊNCIA.

[...]

2. Justifica-se o regime mais severo para o cumprimento de pena se houver elementos concretos que indiquem ser este o mais adequado para o caso, principalmente quando o réu já cumpria pena por crime anterior quando da prática do novo delito.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 269.612/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, Sexta Turma, DJe 1º/10/2013).

No que toca à pretendida aplicação da norma prevista no § 2º do art. 387



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Código de Processo Civil, é possível identificar que os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias não são idôneas, na medida em que simplesmente remetem para a execução penal a análise da detração, mediante a alegada necessidade de aferição do elemento subjetivo, próprio da progressão de regime, o que contraria o expreso comando normativo e a jurisprudência desta Corte.

Com efeito, segue o teor do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal:

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.

Ressai da transcrição supra que o preceito normativo se refere, simplesmente, ao cômputo da prisão provisória para efeito de fixar o regime inicial, o que demanda análise objetiva sobre a eventual redução da pena para patamar mais brando, dentre as balizas previstas no § 2º do art. 33 do Código Penal.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO DO AGENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DETRAÇÃO. ART. 387, § 2º, DO CPP. MEDIDA INEFICAZ. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

4. Se o tempo de prisão provisória cumprido pelo paciente, no momento da análise do acórdão impugnado, é insuficiente para mitigar o regime inicial de cumprimento de pena estabelecido, não se identifica a alegada coação ilegal apontada pela defesa na manutenção do modo fechado.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 290.691/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 29/3/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. PACIENTE CONDENADO A 5 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. FRAÇÃO DE AUMENTO PELAS MAJORANTES ESTABELECIDADA COM BASE EM CRITÉRIO QUANTITATIVO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA À SÚMULA N. 443/STJ. FRAÇÃO REDUZIDA PARA 1/3. PENA REDIMENSIONADA. DETRAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- O § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não possui relação com a progressão de regime, instituto próprio da execução penal. Assim, cabe ao juízo sentenciante a verificação da possibilidade de se estabelecer regime inicial mais brando, em razão da aplicação da detração no caso concreto, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão provisória do acusado.

- No caso, como o feito transitou em julgado e não há nos autos informações precisas acerca do tempo em que o paciente permaneceu em custódia preventiva, deve o Juízo das Execuções Penais avaliar a possibilidade de o paciente iniciar o cumprimento da pena em regime mais brando, considerando a detração.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena do paciente e determinar que o Juízo das Execuções Penais considere a possibilidade da detração. (HC 343.147/SP, de minha relatoria, Quinta Turma, DJe 7/3/2016).

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. INVIABILIDADE. 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. [...] 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, DJe 30/9/2015).

No caso, entretanto, a pena já se encontrava em patamar não superior a 4 anos de reclusão, sendo fixado o regime inicial fechado em virtude da reincidência e existência de circunstância judicial desfavorável, razão pela qual a efetiva detração de eventual pena cumprida de forma provisória seria irrelevante.

Em consequência, não há falar em constrangimento ilegal passível de reparo pela presente via constitucional.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0009189-4

HC 347.133 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00105536820148260050 105536820148260050 20150000869198 2962014

EM MESA

JULGADO: 26/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: GUILHERME DINIZ BARBOSA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: LEONARDO FELIPE DOS REIS LIMA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Receptação

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, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.