



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 376.621 - SP (2016/0284626-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ESTELA WAKSBERG GUERRINI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JAMILSON SANTOS ALVES
PACIENTE : ORLANDO DE JESUS

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. SÚMULA 440/STJ. DETRAÇÃO. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORDEM NÃO CONHECIDA E *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Os fundamentos genéricos utilizados do decreto condenatório não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), contrariando a Súmula 440 deste Superior Tribunal.

3. A teor dos artigos 33, §§ 2º, alínea "b", e 3º, c/c 59, ambos do CP, não se afigura idônea a justificativa apresentada para afastar a aplicação ao caso concreto do regime semiaberto para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.

4. Tratando-se de réus primários, cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime semiaberto, pois a gravidade abstrata do crime de roubo não permite o recrudescimento do meio prisional de desconto da reprimenda.

5. 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 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. 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 sentenciado não houver adotado tal providência.

6. Tratando-se de decreto condenatório já transitado em julgado, deve o Juízo das Execuções verificar a possibilidade de fixação de regime de cumprimento da pena em regime mais brando.

7. *Habeas corpus* não conhecido e *writ* concedido, de ofício, a fim de fixar o regime prisional semiaberto para o desconto da sanção corporal, salvo se, por outro motivo, os pacientes estiverem descontando pena em regime mais severo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

devendo ser avaliada a possibilidade de detração, nos moldes do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de fevereiro de 2017(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 376.621 - SP (2016/0284626-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ESTELA WAKSBERG GUERRINI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JAMILSON SANTOS ALVES
PACIENTE : ORLANDO DE JESUS

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **JAMILSON SANTOS ALVES** e de **ORLANDO DE JESUS**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados às penas de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 13 dias-multa, como incurso no art. 157, § 2º, II e V, c/c o art. 29, ambos do Código Penal.

Em sede recursal, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo defensivo, para reduzir as penas para 5 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 13 dias-multa, sendo mantido o regime fechado.

Neste *writ*, a impetrante alega manifesto constrangimento ilegal, pois o cumprimento inicial em regime fechado foi estabelecido com fulcro na gravidade abstrata do delito, em manifesta violação da Súmula 718 do STF.

Aduz que a Corte *a quo* deixou de aplicar a detração penal, nos termos do art. 387, § 2º, do CPP.

Requer, ao final, que seja fixado inicialmente o regime semiaberto e que seja aplicada a detração penal, a fim de se verificar a possibilidade dos pacientes iniciarem o cumprimento da pena no regime aberto.

Pleito de liminar indeferido (e-STJ, fls. 56-57).

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 102-109).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 376.621 - SP (2016/0284626-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ESTELA WAKSBERG GUERRINI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JAMILSON SANTOS ALVES
PACIENTE : ORLANDO DE JESUS

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. SÚMULA 440/STJ. DETRAÇÃO. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORDEM NÃO CONHECIDA E *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. Os fundamentos genéricos utilizados do decreto condenatório não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), contrariando a Súmula 440 deste Superior Tribunal.
3. A teor dos artigos 33, §§ 2º, alínea "b", e 3º, c/c 59, ambos do CP, não se afigura idônea a justificativa apresentada para afastar a aplicação ao caso concreto do regime semiaberto para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.
4. Tratando-se de réus primários, cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime semiaberto, pois a gravidade abstrata do crime de roubo não permite o recrudescimento do meio prisional de desconto da reprimenda.
5. 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 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. 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 sentenciado não houver adotado tal providência.
6. Tratando-se de decreto condenatório já transitado em julgado, deve o Juízo das Execuções verificar a possibilidade de fixação de regime de cumprimento da pena em regime mais brando.
7. *Habeas corpus* não conhecido e *writ* concedido, de ofício, a fim de fixar o regime prisional semiaberto para o desconto da sanção corporal, salvo se, por outro motivo, os pacientes estiverem descontando pena em regime mais severo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

devendo ser avaliada a possibilidade de detração, nos moldes do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

No caso, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

Está inscrito no acórdão:

"Por fim, o regime prisional fixado para início de desconto da pena é o mais adequado e deve prevalecer, na medida em que os agentes demonstraram agressividade desmedida, revelando periculosidade em ação cuja finalidade era o ganho material em total desrespeito à integridade física e ou psicológica do cidadão de bem.

Evidentemente os réus praticaram delito grave, que traz desassossego à sociedade, autorizando o encarceramento mais severo na fase inicial do cumprimento da pena corporal.

Conceder-lhes regime mais brando ou substituição da pena seria decidir contra os anseios da coletividade, que clama por mais rigor na punição dos crimes praticados com grave ameaça ou violência contra as pessoas" (e-STJ, fl. 35).

Com efeito, de acordo com a Súmula 440/STJ, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". Ademais, nos termos das Súmulas 718 e 719/STF, "a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

Assim, as súmulas não foram observadas pelo Tribunal *a quo*. O regime fechado foi imposto sem "motivação idônea".

A seguir, parcialmente transcritas, ementas de acórdãos desta Corte versando a respeito da matéria e que respaldam essa solução:

"É inidônea a fixação de regime inicial mais severo com apoio apenas na opinião em abstrato do julgador quanto ao crime em apreço, sobretudo quando o apenado é primário e a pena-base não vai além do mínimo legal, como na espécie. Súmula n. 440 do STJ."

(REsp 1409857/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2014)

"6. As instâncias ordinárias entenderam devida a fixação do regime inicial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fechado de cumprimento de pena com base tão somente na gravidade genérica do delito, 'o que revela temibilidade e periculosidade do agente', sem, no entanto, ter apontado nenhum elemento concreto dos autos (como o *modus operandi*, a potencialidade lesiva de arma ou a desfavorabilidade de circunstâncias judiciais, por exemplo) que efetivamente justificasse a fixação do regime inicial mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

7. Ausência de peculiaridades específicas do roubo majorado nulifica a imposição de regime prisional mais gravoso, por violação dos enunciados das Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719 do STF."

(HC 317.405/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2015)

Em verdade, os fundamentos genéricos utilizados pelo acórdão ora impugnado não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), contrariando a Súmula 440 deste Superior Tribunal.

Nesse diapasão, tratando-se de réus primários, cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime semiaberto, pois a gravidade abstrata do crime de roubo não permite o recrudescimento do meio prisional de desconto da reprimenda.

Além disso, 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 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.

Ainda, tem-se que 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 sentenciado não houver adotado tal providência.

A propósito, os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 07/03/2016)

"PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. CRIME PERMANENTE. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. NATUREZA DAS DROGAS. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. FIXADO REGIME INICIAL FECHADO E NEGADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES, MOMENTO EM QUE TAMBÉM SERÁ ANALISADA A POSSIBILIDADE DE DETRAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

[...]

5. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que as instâncias de origem não procederam à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.

6. Encerrada a prestação jurisdicional na alçada de conhecimento, cabe ao Juízo das Execuções decidir sobre detração de pena (Art. 66, II, "c", da Lei 7.210/84).

7. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastados a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a fundamentação referente à gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos."

(HC 325.630/SP, rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 30/11/2015, grifou-se)

In casu, malgrado a sentença tenha sido proferida após o advento da 12.736/2012, o Magistrado processante não logrou observar os preceitos do § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal. De igual modo, o Colegiado de origem limitou-se a afirmar que não haveria notícia nos autos acerca da real situação carcerária do réu, tendo reconhecido que o instituto da detração deveria ser aplicado pelo Juízo das Execuções. Ainda, constatou-se que os autos foram remetidos ao Juízo de origem, após o trânsito em julgado da condenação, para o *Parquet* e para a defesa.

Nesse passo, tratando-se de decreto condenatório já transitado em julgado, deve o Juízo das Execuções verificar a possibilidade de fixação de regime de cumprimento da pena em regime mais brando.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo** a ordem, de ofício, a fim de fixar o regime prisional semiaberto para o desconto da sanção corporal, salvo se, por outro motivo, os pacientes estiverem descontando pena em regime mais severo, devendo ser avaliada a possibilidade de detração, nos moldes do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0284626-0

HC 376.621 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00580522120128260405 20150000967823 2016000599411 31932012
580522120128260405

EM MESA

JULGADO: 21/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: ESTELA WAKSBERG GUERRINI
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JAMILSON SANTOS ALVES
PACIENTE	: ORLANDO DE JESUS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.