



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 479.279 - SP (2018/0304834-5)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : RAFAEL ALLEX DA ROSA (PRESO)
ADVOGADOS : WAGNER PAULO DA COSTA FRANCISCO - SP161735
JOÃO FRANCISCO - SP335081
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. NÃO FUNDAMENTAÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. DIFERENTES MOMENTOS PROCESSUAIS. NÃO CONFIGURAÇÃO. DETRAÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. DIFERENTES INSTITUTOS. PROVIMENTO DO AGRAVO. CONCESSÃO PARCIAL.

1. O instituto da prisão preventiva não se confunde com o da execução provisória da condenação penal, momentos processuais inconfundíveis.
2. A detração penal, prevista no art. 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 prisão cautelar do acusado.
3. Agravo regimental provido, concedendo parcialmente o *habeas corpus* a fim de determinar que o Tribunal de Justiça de São Paulo proceda à fixação do regime inicial de cumprimento da pena, com observância às regras do art. 33 do CP e do art. 387, § 2º, do CPP.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao agravo regimental para conceder parcialmente o *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de maio de 2019 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Presidente e Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 479.279 - SP (2018/0304834-5)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : **RAFAEL ALLEX DA ROSA (PRESO)**
ADVOGADOS : **WAGNER PAULO DA COSTA FRANCISCO - SP161735**
 JOÃO FRANCISCO - SP335081
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por RAFAEL ALLEX DA ROSA contra decisão de fls. 359-362 que denegou o *habeas corpus*.

Sustenta o agravante, em síntese, que não há supressão de instância para análise do instituto da detração. Aduz, ainda, que não há qualquer fundamento para decretação da prisão do paciente.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 479.279 - SP (2018/0304834-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Conforme relatado, busca a defesa a análise da detração e a revogação da prisão, em sede de execução provisória, por ausência de fundamentação.

Na decisão anterior, acerca dos referidos temas, consignou-se (fls. 359-362):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de RAFAEL ALLEX DA ROSA em face de acórdão que negou provimento à apelação.

Consta dos autos que o paciente foi condenado a 13 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 20 diárias de multa, no mínimo legal, pela prática dos delitos previstos nos arts. 273, § 1º e § 1º- B; I, II e III do Código Penal, e no 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03, na forma do art. 69 do Código Penal.

Interposta apelação, o Tribunal de Justiça deu parcial provimento ao reclamo para reduzir as penas a 4 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, mais 12 diárias de multa, no regime semiaberto. **Determinou-se, ainda, a expedição de mandado de prisão após o decurso dos prazos para interposição de recursos ordinários.**

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Requer o impetrante, em síntese, seja garantido ao paciente o direito de aguardar o julgamento dos recursos em liberdade, ou de iniciar no regime aberto tendo aplicando-se o instituto da detração e ao final substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida (fls.231/232).

As informações foram prestadas (fls. 325/343).

O parecer do Ministério Público Federal foi pela denegação da ordem.

É o relatório.

DECIDO.

Conforme relatado, busca a defesa o direito de aguardar o julgamento dos recursos em liberdade, ou de iniciar no regime aberto tendo aplicando-se o instituto da detração e ao final substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

Não se confunde o instituto da prisão preventiva e a execução provisória da condenação penal.

Quanto ao tema ora tratado, sabe-se que a Sexta Turma, ao apreciar os EDcl no REsp 1.484.413/DF e o REsp 1.484.415/DF, na sessão de 3/3/2016, adotou orientação, fixada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, de 17/2/2016, DJ de 17/5/2016), segundo a qual a execução provisória da condenação penal, na ausência de recursos com efeito suspensivo, não afronta o constitucional princípio da presunção de inocência.

Frise-se, ainda, que, em 5/10/2016, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, apreciando medida cautelar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, por maioria, reafirmou o entendimento da possibilidade de execução provisória da pena, **na ausência de recurso com efeito suspensivo.**

Assim, prolatado o juízo condenatório por Tribunal de Apelação e ausentes recursos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

especial ou extraordinário com casuísticos efeitos suspensivos, é possível a execução provisória da pena, ainda que concedido na sentença o direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da condenação.

Ressalte-se, por oportuno, não constar dos autos qualquer informação acerca da pendência de julgamento de eventuais recursos interpostos perante a Corte de origem.

Na hipótese, o *quantum* de pena e o regime prisional foram estabelecidos na sentença aos seguintes termos (fl. 60/61):

Com estes argumentos, passo a individualizar as penas.

Para o acusado Rafael Alex da Rosa:

- Pelo crime previsto no artigo 273, §1º e §1º-B, incisos I, II e III: o acusado é primário e agiu com dolo normal ao delito, que não teve maiores consequências.

Assim, consideradas as demais circunstâncias expostas no artigo 59 do Código Penal, permanecem as penas no mínimo legal de 10 (dez) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no piso da lei. Nada a considerar nas demais fases, permanecem as penas tal como fixadas;

- Pelo crime previsto no artigo 16, caput, da Lei nº 10.826/03: o acusado é primário e agiu com dolo normal ao delito, que não teve maiores consequências. Assim, consideradas as circunstâncias elencadas pelo artigo 59 do Código Penal, fixo a pena-base no mínimo legal de 03 (três) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias multa, no piso legal, por não haver circunstâncias aptas a indicar que possa suportar patamar mais elevado. Nada mais havendo a considerar, torno definitivas as penas assim fixadas.

As penas privativas de liberdade serão aplicadas cumulativamente, em razão de os crimes terem sido cometidos em concurso material, observando-se o sistema do cúmulo material, de acordo com o artigo 69 do Código Penal. Assim, fica a pena única estabelecida em 13 (treze) anos de reclusão, além do pagamento de 20 (vinte) dias multa, no piso.[...]

Tendo em vista a quantidade de pena aplicada, fixo, para início do cumprimento, o regime fechado, nos termos do que dispõe o artigo 33, §2º, a, do Código Penal.

Deixo de aplicar a detração prevista no artigo 387, § 2º do Código de Processo Penal por considerar o regime fechado o mais adequado aos acusados e à pena imposta nesta sentença, nos termos do artigo 59 e 33, § 3º do Código Penal.

Os réus não poderão apelar em liberdade, posto que necessária a garantia da ordem pública.

Posto isso, julgo PROCEDENTE a denúncia, para CONDENAR os réus Rafael Alex da Rosa e André Luiz de Matos, como incurso nas penas do artigo 273, §1º e §1º-B, incisos I, II e III e no artigo 16, caput, da Lei nº 10.826/03, a cumprirem, em regime inicial fechado, pena privativa de liberdade de 13 (treze) anos de reclusão, além do pagamento de 20 (vinte) dias multa, no piso.[...]

O Tribunal de origem, ao retificar o *quantum* de pena e o regime inicial, asseverou (fls. 221/222):

[...] Em relação a RAFAEL, realinha-se também a pena pelo crime contra a saúde pública para 5 anos de reclusão, mantendo-se as 10 diárias de multa.

Todavia, diante da primariedade, ausência de antecedentes (fls.

285/287) e de prova segura de que ele se dedicava a atividade ilícita em questão ou de que integrasse organização criminosa, aplica-se o redutor do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, para, diante da enorme quantidade de substâncias ilícitas apreendidas, reduzir a pena no mínimo previsto, ou seja, 1/6, fixando-a em 4 anos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2 meses e 8 diárias de multa.

Na sequência, como acima exposto, pela participação de menor importância descrita no § 1º do art. 29 do Código Penal, diminui-se a pena no máximo, ou seja, em 1/3, alcançando 2 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, e 6 diárias de multa.

Reconhece-se, pelas circunstâncias dos fatos, também cabível a redução acima, pelas mesmas razões, da pena pelo crime de arma que, fixada no mínimo legal, ora resulta em 2 anos de reclusão; e pagamento de 6 diárias de multa.

Pelo concurso material, a pena de RAFAEL finda em 4 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, mais 12 diárias de multa.

Aos apelantes, em observância ao art. 33, § 2º, “b”, do Código Penal, fixa-se o regime prisional inicial semiaberto.

Provada a aquisição do veículo do veículo I/BMW 335I VB 71, cor preta, ano 2008, placas DWN 7171, muito anterior aos fatos (fls. 151), e diante do reconhecimento do § 1º do art. 29 do Código Penal, restitui-se o automóvel ao proprietário apelante RAFAEL ALLEX DA ROSA.

Ante o exposto, rejeitada a preliminar, dá-se parcial provimento aos apelos dos réus, realinhando-se a pena final de ANDRÉ LUIZ DE MATOS a 8 anos de reclusão e 20 diárias de multa, e a de RAFAEL ALLEX DA ROSA a 4 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, mais 12 diárias de multa, fixando para ambos o regime prisional inicial semiaberto, e restituindo a RAFAEL ALLEX DA ROSA o veículo I/BMW, placas DWN 7171, mantendo-se, no mais, a r. sentença por seus próprios fundamentos.

Decorridos os prazos dos recursos ordinários, expeçam-se mandado de prisão.[...]

A matéria relativa ao instituto da detração não foi objeto de análise do Tribunal de origem, sequer em sede de embargos, nos seguintes termos (fl. 150):

Somente ao juiz da execução penal compete avaliar se, na espécie, estão presentes os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão de qualquer benefício com a observância do acompanhamento disciplinar até o final do cumprimento da pena. Não se pode, dessa maneira, vincular à progressão de regime um mero procedimento de cálculo aritmético de cumprimento de pena, ignorando o mérito do sentenciado e, verdadeiramente, negando vigência ao que estabelece o art. 112 da Lei de Execução Penal, que não se encontra revogado.

Daí que não há nos autos elementos para avaliar os requisitos necessários à eventual progressão de regime, devendo a mesma ser pleiteada e verificada no r. Juízo de Execução Criminal.

Assim, não enfrentada a questão pelo Tribunal *a quo*, esse ponto não poderá ser conhecido por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

Por fim, **a pena fixada ao paciente não atende o requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal, sendo sua pena final, pelo concurso material, fixada em 4 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, não há que se falar em substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direito.**

Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.

Quanto à matéria de prisão, a decisão deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, pois não se confunde o instituto da prisão preventiva com a execução provisória da condenação penal, momentos processuais inconfundíveis.

De outro lado, em relação à questão da detração, considerando as razões expostas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelo agravante, reconsidero a decisão antes proferida e passo à análise do *habeas corpus*.

Com efeito, a matéria relativa a detração foi apreciada pelo Tribunal *a quo*, considerando-se que *não há falar em tempo de detração, como se desconto fosse, o que ensejaria perplexidade, como a de que o tempo de custódia cautelar tivesse cômputo diverso do tempo de recolhimento próprio da execução penal em sentido estrito. Somente ao juiz da execução penal compete avaliar se, na espécie, estão presentes os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão de qualquer benefício com a observância do acompanhamento disciplinar até o final do cumprimento da penal. Não se pode, dessa maneira, vincular à progressão de regime um mero procedimento de cálculo aritmético de cumprimento de pena, ignorando o mérito do sentenciado e, verdadeiramente, negando vigência ao que estabelece o art. 112 da Lei de Execução Penal, que não se encontra revogado* (fl. 150).

No que tange à detração, é pacífico nesta Corte Superior que, com o advento da Lei 12.736/2012, o juiz processante, ao proferir sentença condenatória, deverá detrair o período de custódia cautelar para fins de fixação do regime prisional. Ainda, entende-se 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.

Nesse sentido: HC 351.957/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 02/05/2016; HC 332.043/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 30/11/2015; HC 331.595/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 28/06/2016; HC 353.618/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 28/06/2016.

Assim, considerando que as instâncias de origem deixaram de aplicar o art. 387, § 2º, CPP, e havendo indicação nos autos que o paciente esteve preso preventivamente em período anterior à sentença, devem autos voltarem à origem a fim de que seja feita nova análise do regime inicial de cumprimento de pena.

Ante o exposto, voto pelo provimento do agravo regimental, concedendo parcialmente o *habeas corpus* a fim de determinar que o Tribunal de Justiça de São Paulo proceda à fixação do regime inicial de cumprimento da pena, com observância às regras dos arts. 33 do CP e 387, § 2º, do CPP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2018/0304834-5 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
HC 479.279 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00017488820168260428 17488820168260428 20180000320674 20180000468207

EM MESA

JULGADO: 21/05/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ ADONIS CALLOU DE ARAÚJO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : WAGNER PAULO DA COSTA FRANCISCO E OUTRO
ADVOGADOS : WAGNER PAULO DA COSTA FRANCISCO - SP161735
JOÃO FRANCISCO - SP335081
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL ALEX DA ROSA (PRESO)
CORRÉU : ANDRÉ LUIZ DE MATOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Incolumidade Pública - Falsificação / Corrupção /
Adulteração / Alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : RAFAEL ALEX DA ROSA (PRESO)
ADVOGADOS : WAGNER PAULO DA COSTA FRANCISCO - SP161735
JOÃO FRANCISCO - SP335081
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, deu provimento ao agravo regimental para conceder parcialmente o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.