



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 307.521 - SP (2014/0274965-2)

**RELATOR : MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULO RICARDO DE DIVITIIS FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL TAVARES BASILIO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO EM CONCURSO DE AGENTES. PENA: 5 ANOS E 4 MESES. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA. SÚMULA 440/STJ. DETRAÇÃO. ART. 387, § 2º, DO CPP. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA NO MOMENTO DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Este Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não admite a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio previsto no ordenamento jurídico. Contudo, nos casos de flagrante ilegalidade, a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. No caso, o regime fechado foi fixado sem a indicação de circunstâncias concretas que extrapolassem as normais ao tipo de delito praticado, a indicar a maior reprovabilidade da conduta do agente, tanto assim que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal.

3. Nos termos da 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.*

4. Nos termos da nova redação do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, dada pela Lei 12.736/2012, *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.*

5. Assim, ao final da dosimetria da pena, o juiz *deve* descontar da pena privativa de liberdade imposta ao condenado o período de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação. Se, com o tempo descontado, à luz do art. 33, § 2º, do Código Penal, for possível a alteração do regime, *poderá* o juiz estabelecer novo regime inicial de cumprimento, se as circunstâncias do art. 59 do Código Penal assim recomendarem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. No caso concreto, considerando que a escolha do regime prisional pautou-se na gravidade abstrata do delito, bem como que as circunstâncias do art. 59 do Código Penal foram favoráveis ao paciente, em tese, é possível o início do cumprimento da pena no regime aberto, pois a prisão data de 17.11.2012 e, à época da prolação da sentença condenatória (04.09.2013), o paciente já havia cumprido mais de 1/6 da pena.

7. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime inicial aberto para o início do cumprimento da pena do paciente em virtude da detração.

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Gurgel de Faria e Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 25 de novembro de 2014(Data do Julgamento)

MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 307.521 - SP (2014/0274965-2)

**RELATOR : MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULO RICARDO DE DIVITIIS FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL TAVARES BASILIO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de RAFAEL TAVARES BASILIO, condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, pela prática do crime de roubo qualificado (art. 157, § 2º, II, do Código Penal), no qual se aponta, como autoridade coatora, a 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso de apelação defensivo, em acórdão assim ementado (e-STJ fls. 120):

Apelação. Crime de roubo majorado pelo concurso de agentes. 1. Quadro probatório suficiente para ensejar a responsabilidade penal do apelante. 2. Sanção que não comporta reparação. Pena privativa de liberdade que deve ser encetada no regime fechado, diante do elevado grau de culpabilidade da conduta. 3. Não aplicação da regra estampada no artigo 387, par. 2º, do Código de Processo Penal, eis que o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade não veio assentado somente na quantidade da pena. Recurso desprovido.

Alegou a impetrante que o paciente sofre constrangimento ilegal porque a autoridade impetrada manteve o regime inicial fechado sem a devida fundamentação.

Sustentou que a pena-base foi fixada no mínimo legal, diante das circunstâncias judiciais favoráveis ao paciente, e apenas a gravidade do delito mostra-se insuficiente para a imposição do regime prisional mais grave, citando as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Aduziu que o paciente está preso desde 17.11.2012, portanto, no momento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da prolação da sentença (4.9.2013), já havia completado mais de 10 meses de prisão processual, o que permite o imediato ingresso do réu no regime aberto, sem os demorados trâmites do processo de execução, em razão do disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Requeru que fosse liminarmente autorizado que o paciente aguardasse o julgamento do presente *writ* no regime semiaberto e, no mérito, a concessão da ordem, com a confirmação do provimento emergencial; após, pela detração, postulou a fixação do regime aberto para o cumprimento do restante da pena.

Indeferido o pedido de liminar (e-STJ fls. 130/132), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *mandamus*, em parecer assim ementado (e-STJ fls. 140):

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. NÃO POSSIBILIDADE. ROUBO QUALIFICADO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS EM QUE PRATICADO O DELITO. CONCURSO DE AGENTES. MAIOR PERICULOSIDADE SOCIAL DO AGENTE. DETRAÇÃO. ART. 387, § 2º, DO CPP. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. REGIME INICIAL FECHADO ESTABELECIDO COM FUNDAMENTO NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. AUSENTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 307.521 - SP (2014/0274965-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator):

Observa-se, inicialmente, que o presente *habeas corpus* foi impetrado em substituição ao recurso próprio, previsto na legislação processual.

Sobre este aspecto, cumpre ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a impetração em substituição ao recurso próprio – seja apelação, agravo em execução, recurso especial ou mesmo revisão criminal –, salvo nos casos de flagrante ilegalidade que exija a concessão da ordem de ofício.

Nesse sentido, destaco os seguintes julgados:

EMENTA 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 heróico. 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 nº 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 03/12/2013, Publicado em 28/02/2014)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, buscando dar efetividade às normas previstas na Constituição Federal e na Lei 8.038/1990, passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que deve ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que seja restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

2. O constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

[...](STJ, HC 258.815/MG, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 09/09/2014, DJe 15/09/2014)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. FALTA DE CABIMENTO. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AMEAÇA. DESOBEDIÊNCIA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. CONDUZIR VEÍCULO AUTOMOTOR COM CAPACIDADE PSICOMOTORA ALTERADA EM RAZÃO DA INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEVIDENTE. PARECER ACOLHIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a fim de preservar a coerência do sistema recursal e a própria função constitucional do writ, de prevenir ou remediar ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção.

2. O remédio constitucional tem suas hipóteses de cabimento restritas, não deve ser utilizado em substituição a recursos processuais penais. A ilegalidade passível de justificar a impetração do habeas corpus deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito que não demandem incursão no acervo probatório constante de ação penal.

[...] (STJ, HC nº 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 20/03/2014, DJe 10/04/2014)

Contudo, a despeito de a impetrante não ter escolhido a via processual adequada, para evitar eventuais prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal, passo à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

análise das questões formuladas na inicial e à verificação de eventual constrangimento ilegal que enseje a concessão da ordem de ofício.

Extraí-se dos autos que o paciente foi denunciado por fatos assim articulados na denúncia (e-STJ fls. 9/10):

Consta do incluso inquérito policial que no dia 15 de novembro de 2012, por volta da 1 hora, à Rua Aria do Luar, 1, Cohab Itaquêra, nesta capital, RAFAEL TAVARES BASÍLIO, qualificado a fls. 9/10, 17, 33, previamente ajustado e com unidade de propósitos com pessoa não identificada subtraíram, para eles, mediante grave ameaça consistente em simulação de porte de arma exercida contra as vítimas Thais de Sousa Dias e Bruna Alves Rodrigues, o veículo Ford Ka Flex, ano 2011, cor vermelha, placas FAI 7824/São Paulo, de propriedade da vítima Thais, avaliado em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), conforme auto de exibição e apreensão e de avaliação de fls. 23 e 40, já da ofendida Bruna, foi subtraída uma pasta contendo vários documentos e um título de eleitor.

Segundo se apurou, o indiciado e seu comparsa conduziam uma motocicleta e aproximaram-se do veículo Ford Ka que era conduzido por Thaís e que tinha por passageira Bruna; Rafael então desceu da moto e, simulando portar uma arma de fogo sob suas vestes, anunciou o assalto e subtraiu o automóvel e os demais bens existentes no seu interior e evadiu-se em sua condução; seu comparsa não identificado ficou na posse da motocicleta, mas não conseguiu acionar a ignição, a abandonou e fugiu em desabalada carreira.

Dois dias depois, no dia 17 de novembro de 2012, por volta das 5 horas, à Rua Vitorio Santim, 2738, Parque do Carmo, nesta capital, policiais militares, após terem recebido a informação de que o carro subtraído da vítima Thaís estaria sendo utilizado nas redondezas, para lá se dirigiram, avistaram então o denunciado na condução do veículo roubado e o abordaram levando-o à delegacia de polícia, onde foi reconhecido pelas vítimas (fls. 22 e 39).

Ao estabelecer as sanções penais e especialmente o regime prisional, o juiz de direito teceu as seguintes considerações (e-STJ fls. 83/85):

Passo a dosagem da pena. Atendendo as diretrizes previstas no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

artigo 59 do Código Penal, fixo a pena base em 04 (quatro) anos de reclusão e multa de 10 dias multa calculados cada qual em um trigésimo do maior salário mínimo vigente ao tempo do cometimento do crime, com correção monetária desde àquela época. Não existem circunstâncias agravantes ou atenuantes a considerar. o crime foi cometido em concurso de agentes, razão pela qual aumento a pena fixada em 1/3. Não existem outras causas de aumento ou diminuição de pena a aplicar. Ante o exposto, julgo parcialmente procedente a ação e condenado RAFAEL TAVARES BASÍLIO, qualificado nos autos, a pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e multa de 13 (treze) dias multa, calculados cada qual em um trigésimo do maior salário mínimo vigente ao tempo do cometimento do crime, com correção monetária deste àquela data, por infração ao art. 157, § 2º, II, do Código Penal. A pena privativa de liberdade será cumprida inicialmente no regime fechado, ante a gravidade e circunstâncias do crime praticado. Conforme reiterada jurisprudência, 'a concessão de regime aberto ou semiaberto nos casos onde a periculosidade do agente é evidente, equivale a uma autêntica impunidade e no incentivo injustificável para a prática de outra infração' (RJDTACRIM volume 10-abril/junho 1991 página: 115, relator: Silva Rico). No mesmo sentido: (...). Deixo de aplicar a detração prevista no artigo 387, § 2º acrescentado ao art. 387 do Código de Processo Penal pela Lei 12.736/12 é claro ao dispor que: 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". Deste modo, não há que se falar em tempo de detração, como se desconto fosse, o que ensejaria perplexidades, 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 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.

Questionado sobre a ausência de fundamentação para a manutenção do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime fechado, bem como sobre a possibilidade de estabelecimento do regime aberto em razão da detração, o Tribunal *a quo* aduziu o seguinte (e-STJ fls. 123):

Por sua vez, o regime inicial somente poderia ser o fechado, mercê do elevado grau de culpabilidade da conduta. O delito foi praticado em concurso de agentes, contra duas mulheres, dados empíricos a denotar um acentuado nível de censurabilidade do comportamento.

O estabelecimento da pena-base no mínimo legal não obsta a fixação de regime inicial fechado, desde que haja justificação com base em elementos concretos da causa (STF, HC nº 115.534, rei. Min. Gilmar Mendes; HC nº 74.538, rei. Min. Maurício Corrêa; STJ, HC nº 2.06.767, rei. Min. Marco Aurélio Bellizze; HC nº 178.284, rei. Min. Og Fernandes; HC nº 262.939, rei. Min. Sebastião Reis Júnior).

A terminar, com relação à detração, enquanto dado a ser levado em conta no estabelecimento do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, mercê do que dispõe o artigo 387, par. 2º, do Código de Processo Penal, sem razão a defesa. Urge proceder-se a uma interpretação sistemática da norma, atentando-se que o estabelecimento do regime inicial é pautado não somente pela quantidade da pena, mas também pelas circunstâncias do delito (artigo 59 do Código Penal). Nessa ordem de idéias, o dispositivo em tela somente deve ser aplicado em segunda instância quando a fixação do regime inicial tenha sido feito apenas com base no quantum da pena.

(...) Neste cenário, a detração constitui fator a ser considerado para fins de progressão no juízo de execução.

Pelo que deflui do teor das decisões acima transcritas, o regime fechado foi fixado sem a indicação de circunstâncias concretas que extrapolassem as normais ao tipo de delito praticado, a indicar a maior reprovabilidade da conduta do agente, tanto assim que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal.

Ressalte-se que a mera referência à gravidade do delito de roubo qualificado, praticado em comparsaria, como indicativo da periculosidade do paciente, não constitui motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, na medida em que constitui circunstância ínsita ao delito de roubo majorado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nos termos do reiterado entendimento adotado por esta Corte, a menção à gravidade do delito é insuficiente à determinação do regime prisional mais severo, sobretudo quando o réu é primário e a pena-base não ultrapassa o mínimo legal, como no caso dos autos.

Nesse sentido é o entendimento consolidado pela Terceira Seção do STJ no verbete sumular 440/STJ, segundo o qual *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*.

Aplicam-se, ainda, *in casu*, as Súmulas 718 e 719, ambas do 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.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Assim, deve ser concedida a ordem, de ofício, para possibilitar ao paciente o início do cumprimento de sua pena no regime semiaberto.

Quanto ao pedido de detração, conforme a nova redação do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, dada pela Lei 12.736/2012, *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*.

Assim, ao final da dosimetria da pena, o juiz **deve** descontar da pena privativa de liberdade imposta ao condenado o período de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação. Se, com o tempo descontado, à luz do art. 33, § 2º, do Código Penal, for possível a alteração do regime, **poderá** o juiz estabelecer novo regime inicial de cumprimento. Eis a lição de Guilherme de Souza Nucci, em comentários ao art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal:

48-H. Detração e regime de cumprimento da pena: estabelece o art. 42 do Código Penal que o tempo de prisão provisória, de qualquer espécie, deve ser computado como cumprimento de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena. Isso significa que, inaugurando-se o processo de execução, o juiz deve descontar aquele período (prisão cautelar) do total da pena. Feito o referido desconto, passa a verificar se cabe a concessão de algum benefício, como, por exemplo, a progressão de regime. A Lei 12.736/2012 inovou, nesse cenário, ao inserir o § 2º no art. 387 do CPP. Permite que o julgador promova o desconto pertinente à detração para escolher o regime inicial apropriado ao réu, em caso de condenação. Não significa, de modo algum, transformar o juiz da condenação num juiz de execução penal; concede-se autorização legislativa para que o magistrado, ao condenar, leve em consideração o tempo de prisão cautelar. Ilustre-se: o acusado, preso há dois anos, cautelarmente, é condenado a nove anos de reclusão; antes do advento da Lei 12.736/2012, o regime inicial seria o fechado necessariamente (pena superior a oito anos, conforme o art. 33, § 2º, CP); agora, o julgador deve descontar os dois anos de prisão provisória, chegando à pena de sete anos, que será o montante efetivo a cumprir. Para esse quantum (sete anos), são cabíveis dois potenciais regimes: fechado e semiaberto. Não está o julgador obrigado a conceder sempre o regime mais favorável; pode fixar o regime fechado inicial, se considerar o mais adequado, nos termos do art. 59 do Código Penal, indicado pelo art. 33, § 3º. Afinal, somente o juiz da execução, ao receber o processo, com a pena de sete anos (em regime fechado ou semiaberto), decidirá o que fazer. Por outro lado, é possível que, estabelecida a pena de nove anos e já descontados os dois anos de prisão provisória, o julgador entenda pertinente fixar o regime inicial semiaberto, o que está autorizado legalmente a fazer. Não se deve padronizar o entendimento nesta hipótese, mas individualizar a pena, o que inclui o regime, de maneira correta. (NUCCI, Guilherme de Souza, Código de Processo Penal Comentado, 13ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, pág. 805/806).

Colho, a respeito do tema, excerto da decisão proferida pelo ilustre Ministro JORGE MUSSI no REsp. 1.446.304/SP, verbis:

O artigo 387, § 2º, do CPP, incluído pela Lei 12.736, de 30-11-2012, determina que, quando da prolação da 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

De se salientar que o conceito de regime inicial de cumprimento da pena é bastante distinto do conceito de progressão de regime, esta sim, da competência do Juízo da Execução.

A questão, no caso, não é de execução penal, mas de fixação do regime inicial de cumprimento de pena a ser imposto pelo Juízo singular - o da condenação - por ocasião da sentença, quando se computará o período em que o réu permaneceu preso provisoriamente para fins de escolha do modo inicial de execução da sanção, por intenção e determinação do legislador.

A alteração legislativa nasceu da iniciativa do Ministro da Justiça, José Eduardo Martins Cardozo, que enviou o anteprojeto de lei à Presidência da República em 29 de agosto de 2011, com a seguinte exposição de motivos:

(2) Na atualidade, o sistema de justiça criminal é composto de aproximadamente 40% de presos provisórios. Essa realidade ocasiona problemas ao sistema de justiça, em especial no que tange ao cumprimento da pena imposta por aqueles que durante o processo permaneceram presos. (3) Comumente ocorre que após a sentença condenatória ter sido proferida, tenha o réu que aguardar a decisão do juiz da execução penal, permanecendo nesta espera alguns meses em regime mais gravoso ao que pela lei faz jus, em razão de não existir previsão expressa no Código de Processo Penal conferindo ao juiz do processo de conhecimento a possibilidade de, no momento da sentença, realizar o desconto da pena já cumprida. (4) Tal situação, ademais de gerar sofrimento desnecessário e injusto à pessoa presa, visto que impõe cumprimento de pena além do judicialmente estabelecido, termina por aumentar o gasto público nas unidades prisionais com o encarceramento desnecessário. Ademais, atualmente, essa realidade acaba por gerar uma grande quantidade de recursos aos tribunais superiores com a finalidade de se detrair da pena aplicada ao réu o período em que esteve preso provisoriamente. (5) Atualmente, o Código Penal em seu art. 42, expressamente prevê que será computada na pena privativa de liberdade o tempo de prisão provisória, administrativa e o de internação no Brasil e no estrangeiro sendo necessário que tal previsão, também conste no Código de Processo Penal. (6) O que se almeja no presente projeto, portanto, é que o abatimento da pena cumprida provisoriamente possa ser aplicada, também, pelo juiz do processo de conhecimento que exarar a sentença condenatória conferindo maior celeridade e racionalidade ao sistema de justiça criminal, evitando a permanência da pessoa presa em regime que já não mais corresponde à sua situação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurídica concreta.

Assim, a partir da entrada em vigor do novo dispositivo processual penal, cumpre ao próprio Juiz da condenação abater o período de prisão processual, para fins de escolha do regime inicial, matéria antes da competência exclusiva do Juízo da Execução Penal (art. 66, III, c, da Lei 7.210/84).

A propósito, desse Superior Tribunal, tem-se:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONCURSO DE PESSOAS E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. INVIABILIDADE. SÚMULA N.º 440/STJ E 718/719/STF. READEQUAÇÃO DO REGIME PRISIONAL INICIAL. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO CRITÉRIO TRAZIDO PELO § 2.º DO ART. 387 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COM REDAÇÃO DETERMINADA PELA LEI N.º 12.736/12. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Paciente condenado à pena corporal de 06 (seis) ano, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, como incurso no art. 157, §2.º, incisos I e II, do Código Penal, por decisão ainda não transitada em julgado.

2. Tanto a sentença condenatória quanto o acórdão impugnado fixaram a pena-base no mínimo legal e reconheceram a primariedade do Paciente. Não obstante, o regime inicial fechado foi fixado com base na gravidade abstrata do delito de roubo.

3. Se na primeira fase da dosimetria da pena entende-se que todas as circunstâncias judiciais são favoráveis e aplica-se a pena-base no mínimo permitido, isso significa que o crime em nada transcende a gravidade ínsita ao tipo penal. E se, agregado a isso, o réu é primário, o Código Penal obriga que o regime inicial seja regulado exclusivamente pelo quantum da pena aplicada (art. 33, §2.º). Aplicação das Súmulas n.º 440/STJ e 718/719/STF.

4. O estabelecimento do novo regime deve observar os termos do § 2.º do art. 387 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n.º 12.736/12, segundo o qual "[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".

5. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida, para determinar que o Tribunal de origem fixe o regime inicial de cumprimento de pena nos moldes das Súmulas n.º 440/STJ e 718/719/STF, e do art. 387, § 2.º, do Código de Processo Penal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nos termos da fundamentação. (HC 272600/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013) (DJe 20.08.2014).

Assim, deve o magistrado observar o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei 12.736/2012, com o cômputo do tempo de prisão do paciente para a fixação do regime inicial, *não estando obrigado, em toda e qualquer situação a proceder a alteração do regime prisional, se as circunstâncias do art. 59 do Código Penal assim não recomendarem.*

No caso concreto, considerando que a escolha do regime prisional pautou-se na gravidade abstrata do delito, bem como que as circunstâncias do art. 59 do Código Penal foram favoráveis ao paciente, em tese, é possível o início do cumprimento da pena no regime aberto, pois a prisão data de 17.11.2012 e, à época da prolação da sentença condenatória (04.09.2013), o paciente já havia cumprido mais de 1/6 da pena.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. **Concedo** a ordem, de ofício, para estabelecer o regime inicial aberto para o início do cumprimento da pena do paciente em virtude da detração.

É o voto.

MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0274965-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 307.521 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01086870420128260050 05012010868704 1086870420128260050 20140000381170
5012010868704

EM MESA

JULGADO: 25/11/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULO RICARDO DE DIVITIIS FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL TAVARES BASILIO (PRESO)

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Gurgel de Faria e Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) votaram com o Sr. Ministro Relator.