



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 350.756 - SP (2016/0059502-9)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GUSTAVO SIQUEIRA MARQUES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ÁLVARO SANTANA LOPES (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. ROUBO E CORRUPÇÃO DE MENORES. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. NECESSIDADE. ART. 387, § 2º, DO CPP. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, 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, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem, de ofício.

II - O tempo de prisão cautelar deve ser considerado para a determinação do regime inicial de cumprimento de pena, consoante determina o artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.736/2012. Compete, portanto, ao próprio magistrado que proferir sentença condenatória computar o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, para, então, fixar o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida, de ofício, para determinar às instâncias ordinárias que apreciem a possibilidade de detração do tempo de prisão cautelar.

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 350.756 - SP (2016/0059502-9)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado pela **Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, em benefício de **ÁLVARO SANTANA LOPES**, contra v. acórdão do eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso nos delitos dos arts. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal e 244-B da Lei n. 8.069/1990, em concurso material, às penas de **oito anos, sete meses e treze dias de reclusão**, no regime inicial fechado e dezesseis dias-multa.

Irresignada, a Defesa interpôs Apelação Criminal perante a eg. Corte estadual, que a desproveu, nos termos de v. acórdão assim ementado:

"ROUBO CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENORES, EM CÚMULO MATERIAL. Recurso defensivo. Patrimonial: autoria e materialidade bem delineadas. Procedência bem reconhecida. Manutenção da causa de aumento. Lei n. 8.069/90, art. 244-B: absolvição. Impossibilidade. Delito de cunho formal, cujo bem jurídico tutelado visa a impedir que o maior imputável induza ou facilite a inserção ou a manutenção do menor na esfera criminal, prescindindo de comprovação da efetiva depravação do inimputável. Inteligência da Súmula n. 500 do STJ. Inviável a absorção do crime de corrupção de menores pelo de roubo, pois o primeiro não é meio necessário e tampouco constitui fase de preparação ou execução do segundo. Penas intocadas. Manutenção do aumento pela reincidência, cuja constitucionalidade foi proclamada pelo STF no RE n. 453.000/RS (DJ 3/10/2013). Regime fechado preservado. Detração penal que descabe, nesta oportunidade, para a promoção a regime mais brando, pois, a teor do que dispõe a LEP, art. 112, depende de requisito subjetivo (bom comportamento carcerário), inaferrível em âmbito de apelação criminal. Além disso, por ser matéria de competência do Juízo da Execução, sua análise, neste Tribunal, fatalmente, suprimiria a instância e ofenderia o duplo grau de jurisdição. Improvimento" (fl. 31, sem grifos no original).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Daí o presente **mandamus**, no qual o impetrante alega que "[...] não andou bem tanto o r. magistrado de primeiro grau, quanto a Colenda Câmara ao deixar de realizar a detração da pena nos momentos oportunos" (fl. 18).

Requer, ao final, que seja concedida a ordem para "[...] que seja realizado o cômputo de tempo da prisão provisória do paciente em sua condenação, operando-se a detração da pena a ele imposta, nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, o que levará, invariavelmente à sua colocação no regime aberto [...]" (fl. 20).

A liminar foi **denegada** à fl. 70.

As informações foram prestadas às fls. 79-106.

O Ministério Público Federal opinou pela **concessão parcial** da ordem, de ofício, para que seja realizada a detração, conforme parecer cuja ementa transcrevo a seguir:

"HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. CRIME DE ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENOR (ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL E ART. 244-B, CAPUT, DA LEI N. 8.069/90). WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. ANÁLISE DA QUESTÃO DE FUNDO, PORÉM, PARA VERIFICAR SE HÁ ILEGALIDADE FLAGRANTE, ABUSO DE PODER OU TERATOLOGIA - IN CASU AUSENTES. ALEGADA NECESSIDADE DE DETRAÇÃO DOS DIAS CUMPRIDOS EM PRISÃO CAUTELAR. DEMONSTRAÇÃO. PACIENTE QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A PERSECUÇÃO CRIMINAL. DETRAÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SENTENCIANTE. PRECEDENTE. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS, MAS PELA CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM DE OFÍCIO" (fl. 110).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 350.756 - SP (2016/0059502-9)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. ROUBO E CORRUPÇÃO DE MENORES. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. NECESSIDADE. ART. 387, § 2º, DO CPP. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, 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, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem, de ofício.

II - O tempo de prisão cautelar deve ser considerado para a determinação do regime inicial de cumprimento de pena, consoante determina o artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.736/2012. Compete, portanto, ao próprio magistrado que proferir sentença condenatória computar o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, para, então, fixar o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida, de ofício, para determinar às instâncias ordinárias que apreciem a possibilidade de detração do tempo de prisão cautelar.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Primeira Turma do col.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-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 n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 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 n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

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.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

A Defesa pretende, por meio do presente **writ**, que se determine o desconto do tempo de prisão provisória, nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, e, por via de consequência, que seja fixado o regime inicial aberto para o cumprimento da pena pelo paciente.

Observo, inicialmente, que a sentença condenatória, que data de 06.11.2014, foi omissa quanto ao tema da detração penal da prisão provisória.

Assim, resta que se recorra à motivação constante do v. acórdão que julgou a apelação criminal interposta pela defesa no que se refere à questão debatida. Transcrevo, a seguir, o trecho relevante, no ponto:

[Excerto do acórdão da apelação criminal]: "[...] Acresça-se, por fim, ser impossível qualquer apreciação sobre eventual detração penal (CPP, art. 387, § 2º), neste âmbito recursal, para progressão de regime, sob pena de supressão de instância, ofensa ao duplo grau de jurisdição e ao princípio do juiz natural. **Mesmo que assim não**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fosse, inexistem elementos concretos à apreciação do requisito subjetivo, também necessário para qualquer deliberação sobre modalidade prisional menos rigorosa, de acordo com a LEP, art. 112" (fl. 35).

Verifica-se que o eg. Tribunal de origem entendeu que não poderia se pronunciar sobre a detração do tempo de prisão cautelar, por não haver a instância de piso se manifestado sobre o tema. Julgou ainda que inexistiriam elementos concretos nos autos para se aferir o cumprimento do **requisito subjetivo** da detração, o qual deveria ser avaliado pelo **Juízo das Execuções**, competente para decidir acerca da questão.

Não assiste razão à eg. Corte **a quo**.

Insta consignar que, com a entrada em vigor da Lei n. 12.736, de 30 de novembro de 2012, que acrescentou o § 2º ao art. 387 do Código de Processo Penal, compete ao Juiz que proferir sentença condenatória computar o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, para então, fixar o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Observa-se que, nesta parte, o v. acórdão ora objurgado está em desconformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, não tendo sanado a omissão do d. magistrado de primeira instância quanto à análise da detração do tempo de prisão provisória na fixação do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade pelo título condenatório.

A detração do período de segregação cautelar relativa ao delito em julgamento deve influenciar já no estabelecimento do regime inicial pela decisão condenatória. Nesse sentido:

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. NÃO APLICAÇÃO. CUMPRIMENTO DA PENA. REGIME INICIAL MAIS RIGOROSO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA. VEDAÇÃO. INDIVIDUALIZAÇÃO DO REGIME. PENAS ALTERNATIVAS. VEDAÇÃO GENÉRICA E APRIORÍSTICA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INCONSTITUCIONALIDADE. DETRAÇÃO. ANÁLISE. NECESSIDADE. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

[...]

5. Nos termos da nova redação do § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, o julgador deve computar o tempo de prisão provisória para fins de fixação do regime inicial da pena privativa de liberdade.

6. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício, para que o Tribunal de origem proceda à fixação do regime inicial de cumprimento da pena com expressa observância das regras do art. 33 do CP, analisando, inclusive, a detração da pena, bem como à verificação do cabimento das penas alternativas, excluída a vedação genérica do art. 44 da Lei de Drogas" (HC n. 311.660/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 17/3/2015).

"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.

[...]

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.

[...]

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" (HC n. 307.521/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Walter de Almeida Guilherme - Desembargador convocado do TJ/SP, DJe de 3/12/2014, grifei).

Quanto à **quaestio** do regime inicial a ser fixado, entendo que apenas após a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

avaliação da possibilidade de detração do tempo de prisão cautelar, pelas instâncias ordinárias, será possível vislumbrar se haveria constrangimento ilegal na manutenção do regime fechado ou se a reincidência e as circunstâncias judiciais desfavoráveis justificariam o agravamento do regime de cumprimento da pena.

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

Concedo, no entanto, **a ordem, de ofício**, para determinar às instâncias ordinárias que apreciem a possibilidade de detração do tempo de prisão cautelar.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0059502-9

HC 350.756 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00083821220118260126 20150000941634 83821220118260126 8922013

EM MESA

JULGADO: 26/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

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 : GUSTAVO SIQUEIRA MARQUES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ÁLVARO SANTANA LOPES (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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.