



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.886 - SP (2016/0206899-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOAO FINKLER FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON JOSE DA CONCEICAO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. DETRAÇÃO. ART. 387, § 2º, DO CPP, COM REDAÇÃO DETERMINADA PELA LEI N. 12.736/2012. REQUISITOS EXIGIDOS PARA A PROGRESSÃO DE REGIME. PRESCINDIBILIDADE. APLICAÇÃO DO DISPOSITIVO PELO JUÍZO DE CONHECIMENTO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA 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. O art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 12.736/12, refere-se ao regime inicial de cumprimento de pena e não possui relação com o instituto da progressão de regime, própria da execução penal, devendo o juiz sentenciante verificar, no momento oportuno da prolação da sentença, a possibilidade de se fixar um regime mais brando em razão da detração.

3. *In casu*, tendo em vista a quantidade de pena aplicada (7 anos e 2 meses), bem como o fato de o paciente se achar custodiado provisoriamente desde 14/1/2014, deve o magistrado, em atenção ao instituto da detração (CPP, art. 387, § 2º), avaliar a possibilidade de o sentenciado iniciar o cumprimento da pena em regime mais brando, *ex vi* do que dispõe o art. 33 do Código Penal.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que proceda ao estabelecimento do regime de cumprimento inicial da pena do paciente nos autos do Processo n. 0000606-67.2014.8.26.0477, levando em consideração o período em que ele esteve preso provisoriamente, na esteira do artigo 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), 1º de dezembro de 2016(data do julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.886 - SP (2016/0206899-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOAO FINKLER FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON JOSE DA CONCEICAO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **ANDERSON JOSÉ DA CONCEIÇÃO**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 (sete) anos e 2 (dois) meses de reclusão, a ser cumprido inicialmente em regime fechado, por infração ao art. 157, § 2º, II, do Código Penal e ao art. 244-B da Lei n. 8.069/1990. O Juízo de origem deixou de promover a detração do período de custódia cautelar, razão pela qual o regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade não observou o tempo de custódia cautelar pretérito.

Inconformada, a Defensoria Pública estadual interpôs recurso de apelação perante o Tribunal *a quo*, que lhe negou provimento (e-STJ, fls. 271-283).

Neste *writ*, a impetrante sustenta existência de constrangimento ilegal imposto ao paciente diante da violação ao art. 387, § 2º do Código de Processo Penal, tendo em vista que o Juízo singular e a Corte estadual não procederam à detração da pena, a fim de determinar corretamente o regime inicial de pena privativa de liberdade. Aduz, em síntese, que "o juiz terá a obrigação de avaliar se o tempo durante o qual o acusado permaneceu em custódia cautelar permitiria, no caso concreto, a progressão do regime de cumprimento de pena privativa de liberdade, devendo a fixação do regime na sentença considerar tal fato, sob pena de nulidade absoluta" (e-STJ, fls. 1-9).

Requer a concessão da ordem, a fim de colocar "o paciente imediatamente em estabelecimento prisional destinado ao regime semiaberto, por ser extremamente provável que, com o julgamento definitivo do presente *writ*, seja fixado tal regime ao postulante" e, no mérito, "para que seja fixado novamente o regime inicial de cumprimento de pena corpórea do sentenciado, levando-se em conta o teor do Art. 387, § 2º do Código de Processo Penal" (e-STJ, fls. 9-10).

O pedido liminar foi indeferido à fls. 321-322 (e-STJ).

O Ministério Público Federal opinou, às fls 369-376 (e-STJ), pela concessão da ordem, de ofício, para "que seja afastado o óbice apontado pelo Pretório Estadual para deixar de examinar a possibilidade de proceder à detração penal, determinando-se àquele Colegiado que reexamine o regime para o início da execução penal, sob a moldura do art. 387, § 2º, do Código de Ritos Penais" (e-STJ, fls. 369-376).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.886 - SP (2016/0206899-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOAO FINKLER FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON JOSE DA CONCEICAO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. DETRAÇÃO. ART. 387, § 2º, DO CPP, COM REDAÇÃO DETERMINADA PELA LEI N. 12.736/2012. REQUISITOS EXIGIDOS PARA A PROGRESSÃO DE REGIME. PRESCINDIBILIDADE. APLICAÇÃO DO DISPOSITIVO PELO JUÍZO DE CONHECIMENTO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA 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. O art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 12.736/12, refere-se ao regime inicial de cumprimento de pena e não possui relação com o instituto da progressão de regime, própria da execução penal, devendo o juiz sentenciante verificar, no momento oportuno da prolação da sentença, a possibilidade de se fixar um regime mais brando em razão da detração.

3. *In casu*, tendo em vista a quantidade de pena aplicada (7 anos e 2 meses), bem como o fato de o paciente se achar custodiado provisoriamente desde 14/1/2014, deve o magistrado, em atenção ao instituto da detração (CPP, art. 387, § 2º), avaliar a possibilidade de o sentenciado iniciar o cumprimento da pena em regime mais brando, *ex vi* do que dispõe o art. 33 do Código Penal.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que proceda ao estabelecimento do regime de cumprimento inicial da pena do paciente nos autos do Processo n. 0000606-67.2014.8.26.0477, levando em consideração o período em que ele esteve preso provisoriamente, na esteira do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

VOTO

O 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Alega o impetrante que "é dever do juiz criminal proceder ao cálculo de detração da pena para o fim de determinar corretamente o regime inicial de pena privativa de liberdade devido" (e-STJ, fl. 5).

Assiste-lhe razão.

O desconto da pena foi afastado na origem nos seguintes termos:

"Eventual detração deverá ser analisada pelo Juízo da Vara das Execuções Criminais" (e-STJ, fl. 181).

"(...) quaisquer alegações a respeito da aplicação do instituto da detração penal, deverão ser objeto de análise na fase de execução da sentença, após o trânsito em julgado e expedição da guia de recolhimento" (e-STJ, fl. 283).

Ocorre que o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 12.736/12, refere-se ao regime de cumprimento inicial de pena e não possui relação com o instituto da progressão de regime, própria da execução penal, devendo o juiz sentenciante verificar, no momento oportuno da prolação da sentença, a possibilidade de se fixar um regime mais brando em razão da detração.

Nesse sentido:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO. DETRAÇÃO. ART. 387, § 2º, DO CPP, COM REDAÇÃO DETERMINADA PELA LEI N. 12.736/2012. REQUISITOS EXIGIDOS PARA A PROGRESSÃO DE REGIME. PRESCINDIBILIDADE. APLICAÇÃO DO DISPOSITIVO PELO JUÍZO DE CONHECIMENTO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A previsão inserida no § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não se refere à verificação dos requisitos para a progressão de regime, instituto que se restringe à execução penal, mas à possibilidade de o Juízo de 1º Grau, no momento oportuno da prolação da sentença, estabelecer regime inicial mais brando, em razão da detração. Assim, cabe ao sentenciante descontar da pena aplicada ao réu o período em que fora mantido em prisão provisória. Realizada tal operação, observados os parâmetros do art. 33, § 2º, do Código Penal e as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, é possível ao juiz alterar o regime, aplicando modalidade menos gravosa.

- Uma vez ausentes, nos autos, elementos necessários à aplicação, nesta oportunidade, do disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal deve o Juízo das Execuções examinar se o tempo de prisão cautelar autoriza a fixação de regime mais brando.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juízo das Execuções examine, com base no § 2.º do art. 387 do Código de Processo Penal, se o tempo de prisão cautelar do paciente permite a fixação de regime mais brando."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 337.539/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 28/04/2016)

"PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (ART. 2º, §§ 2º, 3º E 4º DA LEI N. 12.850/2013). FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. GRAVIDADE EM CONCRETO DA CONDUTA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. APLICAÇÃO DO ART. 387, § 2º, DO CPP. DETRAÇÃO PENAL. DESCONTO DO PERÍODO EM QUE O PACIENTE PERMANECEU PRESO CAUTELARMENTE. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO IMEDIATA NO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

5. Ao contrário do que foi afirmado pelos juízos ordinários, o instituto de que trata o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não se confunde com a progressão de regime, própria da execução penal e de competência do juízo das execuções criminais.

Por aquele dispositivo, o Julgador, no momento de proferir a sentença condenatória, para a finalidade específica de fixar o regime inicial de cumprimento da reprimenda, deverá descontar da pena definitiva o período em que o sentenciado ficou segregado provisoriamente, o que poderá ensejar a fixação de regime inicial mais brando, sem a necessidade de aferição dos requisitos para a progressão de regime.

6. No caso em exame, levando-se em conta que o paciente foi condenado à pena definitiva de 5 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão e que os juízos ordinários justificaram devidamente a imposição de regime prisional imediatamente mais gravoso do que o permitido pela pena aplicada, verifico que o desconto daquele período (11 meses e 25 dias) não acarretaria repercussão direta no regime inicial de cumprimento de pena, haja vista que a pena continuará sendo superior a 4 anos, o que autoriza a fixação do fechado, regime imediatamente mais gravoso.

7. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 337.077/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016)

In casu, tendo em vista a quantidade de pena aplicada (7 anos e 2 meses), bem como o fato de o paciente se achar custodiado provisoriamente desde 14/1/2014 (e-STJ, fls. 311-312), deve o magistrado, em atenção ao instituto da detração (CPP, art. 387, § 2º), avaliar a possibilidade de o sentenciado iniciar o cumprimento da pena em regime mais brando, *ex vi* do que dispõe o art. 33 do Código Penal.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Todavia, **concedo** a ordem, de ofício, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que proceda ao estabelecimento do regime inicial de cumprimento da pena do paciente nos autos do Processo n. 0000606-67.2014.8.26.0477, levando em consideração o período em que ele esteve preso provisoriamente, na esteira do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0206899-1

HC 365.886 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00006066720148260477 16214 1622014 20160000235597 6066720148260477

EM MESA

JULGADO: 01/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: JOAO FINKLER FILHO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ANDERSON JOSE DA CONCEICAO (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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.