



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 415.560 - SP (2017/0230156-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GABRIEL MACHADO MAGLIO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ GOMES FERREIRA

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. FURTO. REGIME PRISIONAL. DETRAÇÃO DO TEMPO DE CUSTÓDIA CAUTELAR. LEI N. 12.736/2012. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA CORTE DE ORIGEM. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DO JUÍZO DO CONHECIMENTO E DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. SENTENÇA CONDENATÓRIA NÃO TRANSITADA EM JULGADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO E 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 pleito de aplicação do instituto da detração do tempo de custódia cautelar não foi objeto de cognição pela Corte de origem, o que obsta a análise de tal matéria por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

3. 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.

4. 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 sentenciante não houver adotado tal providência.

5. *No caso*, a sentença foi proferida após o advento da Lei n. 12.736/2012, mas o Magistrado processante deixou de aplicar o instituto do § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, por entender que a detração do tempo de custódia cautelar compete exclusivamente ao Juízo das Execuções. Por seu turno, o Colegiado de origem olvidou-se de avaliar a possibilidade de detração do tempo de prisão preventiva, conquanto a defesa tenha requerido a fixação de regime prisional menos gravoso para o desconto da reprimenda. Ainda, em pesquisa ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na *internet*, constatou-se não ter sido certificado o trânsito em julgado da sentença condenatória para a defesa.

6. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reavalie o regime de cumprimento inicial de pena à luz do disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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), 14 de novembro de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 415.560 - SP (2017/0230156-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GABRIEL MACHADO MAGLIO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ GOMES FERREIRA

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **JOSÉ GOMES FERREIRA** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 9 meses de reclusão, em regime prisional semiaberto, e ao pagamento de 7 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 155, *caput*, c/c o art. 14, II, do Código Penal.

O Colegiado de origem negou provimento ao apelo defensivo e deu provimento ao recurso interposto pela acusação para reconhecer a prática do crime de furto qualificado, o que implicou aumento da pena para 1 ano, 8 meses e 6 dias de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, mais 7 dias-multa (e-STJ, fls. 19-34).

Irresignado, o réu interpôs recurso especial contra o acórdão proferido no julgamento dos recursos de apelação, que restou provido para, uma vez decotada a qualificadora do rompimento de obstáculo e compensada a agravante da reincidência com a atenuante da confissão, determinar que o Juízo competente promovesse a nova dosimetria da pena (REsp 1.557.590/SP).

Em seguida, em cumprimento à determinação deste Superior Tribunal de Justiça, a Corte estadual procedeu à nova individualização da pena, a qual foi consolidada em 9 meses e 10 dias de reclusão, e 7 dias-multa, ficando mantido o regime prisional fechado para o início do desconto da sanção (e-STJ, fls. 39-42).

Neste *writ*, a Defensoria Pública sustenta, em síntese, que: a) "a MM. Juíza *a quo* recusou-se a aplicar o disposto no artigo 387, § 2º do Código de Processo Penal, por considerar que tal aplicação só caberia ao juiz da execução, uma vez que dependeria da comprovação do requisito subjetivo. Tal argumento foi mantido pelo v. acórdão, que ignorou o período de prisão cautelar do paciente ao determinar a imposição do regime prisional mais gravoso"; b) "o paciente poderia ingressar no regime semiaberto com um mês e dezesseis dias de prisão processual. No entanto, no momento da prolação da sentença, ele já completara mais de CINCO meses preso, período durante o qual o paciente não pôde usufruir de qualquer benefício da fase executiva a que tinha direito"; c) "o art. 387 do Código de Processo Penal dispõe sobre o momento da prolação da sentença pelo juiz da fase de conhecimento, deixando claro, em seu parágrafo segundo, que o tempo de prisão cautelar será computado na fixação do regime inicial de cumprimento de pena"; d) "quem fixa o regime inicial é o juiz do conhecimento e não da execução, de forma que entender que apenas este último poderia aplicar o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal viola o princípio da legalidade, desrespeitando, ainda, o princípio da separação de poderes, segundo o qual cabe ao Poder Legislativo criar leis" (e-STJ, fls. 1-9).

Pugna, ao final, pela concessão da ordem para que seja estabelecido o regime prisional semiaberto para o desconto da reprimenda imposta o ora paciente.

Pleito liminar indeferido (e-STJ, fl. 49).

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela extinção do processo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sem julgamento do mérito e pela concessão de ordem, de ofício, para determinar que o Juízo processante verifique, de imediato, a possibilidade de abrandamento do modo prisional inicial mediante a aplicação do instituto da detração penal (e-STJ, fls. 256-261).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 415.560 - SP (2017/0230156-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GABRIEL MACHADO MAGLIO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ GOMES FERREIRA

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. FURTO. REGIME PRISIONAL. DETRAÇÃO DO TEMPO DE CUSTÓDIA CAUTELAR. LEI N. 12.736/2012. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA CORTE DE ORIGEM. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DO JUÍZO DO CONHECIMENTO E DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. SENTENÇA CONDENATÓRIA NÃO TRANSITADA EM JULGADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO E 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 pleito de aplicação do instituto da detração do tempo de custódia cautelar não foi objeto de cognição pela Corte de origem, o que obsta a análise de tal matéria por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

3. 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.

4. 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 sentenciante não houver adotado tal providência.

5. *No caso*, a sentença foi proferida após o advento da Lei n. 12.736/2012, mas o Magistrado processante deixou de aplicar o instituto do § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, por entender que a detração do tempo de custódia cautelar compete exclusivamente ao Juízo das Execuções. Por seu turno, o Colegiado de origem olvidou-se de avaliar a possibilidade de detração do tempo de prisão preventiva, conquanto a defesa tenha requerido a fixação de regime prisional menos gravoso para o desconto da reprimenda. Ainda, em pesquisa ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na *internet*, constatou-se não ter sido certificado o trânsito em julgado da sentença condenatória para a defesa.

6. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reavalie o regime de cumprimento inicial de pena à luz do disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus* de ofício.

Em que pesem os esforços da impetrante, verifica-se que o pleito de aplicação do instituto da detração do tempo de custódia cautelar não foi objeto de cognição pela Corte de origem, o que obsta a análise de tal matéria por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

A fim de corroborar tal conclusão, trago à baila os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. (...) MATÉRIAS NÃO ANALISADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. (...) 6. Inviável a análise, diretamente por este Superior Tribunal, de matérias não analisadas pela Corte de origem, sob pena de, assim o fazendo, incidir na indevida supressão de instância. 7. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 279.802/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/4/2014, DJe 5/5/2014).

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. (...) NULIDADES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. (...) NÃO CONHECIMENTO. 1. Se as apontadas nulidades no trâmite processual - informações anônimas, ausência de fundamentação para o recebimento da denúncia, revelia, vício na oitiva de testemunha e impropriedade no laudo pericial -, deixaram de ser questionadas e debatidas perante a Corte originária, não merece conhecimento o *writ* nestes pontos, sob pena de supressão de instância. Precedentes. (...) 7. Recurso ordinário conhecido em parte e, nesta extensão, não provido." (RHC 42.294/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 22/4/2014, DJe 5/5/2014).

Por outro lado, 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 sentenciante não houver adotado tal providência.

A propósito, os seguintes julgados:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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 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 1º/3/2016, DJe 7/3/2016, grifou-se).

"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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.)

No caso, a sentença foi proferida após o advento da Lei n. 12.736/2012, mas o Magistrado processante deixou de aplicar o instituto do § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, por entender que a detração do tempo de custódia cautelar compete exclusivamente ao Juízo das Execuções. Por seu turno, o Colegiado de origem olvidou-se de avaliar a possibilidade de detração do tempo de prisão preventiva, conquanto a defesa tenha requerido a fixação de regime prisional menos gravoso para o desconto da reprimenda. Ainda, em pesquisa ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na *internet*, constatou-se não ter sido certificado o trânsito em julgado da sentença condenatória para a defesa.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*, mas **concedo** a ordem, de ofício, para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reavalie o regime de cumprimento inicial de pena à luz do disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0230156-4

HC 415.560 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00012450820148260050 1152014 12450820148260050 20150000179059 20160000785632

EM MESA

JULGADO: 14/11/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: GABRIEL MACHADO MAGLIO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JOSÉ GOMES FERREIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

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.