



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 337.077 - SP (2015/0242345-1)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : ISAAC MINICHILLO DE ARAÚJO E OUTROS
ADVOGADO : ISAAC MINICHILLO DE ARAÚJO E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DYEGO SANTOS SILVA (PRESO)

EMENTA

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.

1. A jurisprudência desta Corte Superior, à luz da orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, exarada no julgamento do HC 109.956/PR, com o fito de conceder efetividade ao disposto no art. 102, II, "a", da Constituição da República, e nos arts. 30 a 32 da Lei n. 8.038/1990, assentou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, com vistas a não se desvirtuar a finalidade desse remédio constitucional. No entanto, quando a ilegalidade apontada é flagrante, excepciona-se tal entendimento, justificando-se a atuação deste Superior Tribunal, caso em que se concede a ordem de ofício.

2. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o Julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do CP). Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que permitir a pena aplicada, quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito.

3. Hipótese em que o Juízo Sentenciante, no que foi acompanhado pela Corte de origem, ao fixar a pena definitiva de 5 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão e estabelecer o regime inicial fechado, embora tenha feito menção à gravidade abstrata do delito, fundamento que ora se afasta, afirmou que o regime mais gravoso de cumprimento de pena está justificado, "*ante a periculosidade dos agentes, em especial ante o fato de tratar-se de fatos praticados em conluio com um menor de idade, não se*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

podendo perder de vista a gigantesca quantidade de armas de fogo e munições apreendidas nos autos". O Tribunal de origem ressaltou, ainda, que, da r. sentença, extrai-se um vasto acervo probatório a indicar que o paciente exerce a liderança em organização criminosa há muito articulada.

4. Assim, o estabelecimento de regime prisional mais gravoso foi devidamente justificado, com esteio em elementos concretos extraídos da conduta criminosa, não se verificando afronta ao teor dos Enunciados ns. 718 e 719 da Súmula do STF e 440 da Súmula do STJ.

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.

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, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Brasília, 09 de agosto de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 337.077 - SP (2015/0242345-1)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
IMPETRANTE : ISAAC MINICHILLO DE ARAÚJO E OUTROS
ADVOGADO : ISAAC MINICHILLO DE ARAÚJO E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DYEGO SANTOS SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de DYEGO SANTOS SILVA, no qual se aponta como autoridade coatora o eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2096759-70.2015.8.26.0000).

Nos autos da Ação Penal n. 0104934-05.2013.8.26.0050, o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 5 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 16 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 2º, §§ 2º, 3º e 4º, da Lei n. 12.850/2013, vedado o recurso em liberdade.

Os embargos declaratórios opostos pela defesa foram parcialmente acolhidos, apenas para acrescentar à r. sentença, em seu tópico final, o seguinte trecho (e-STJ fl. 49):

Deixo ainda de reconhecer os efeitos imediatos da detração, com relação ao réu Dyego, eis que não há nos autos elementos acerca do requisito subjetivo necessário, qual seja, o atestado de conduta carcerária. Além disso, somente cabe ao Juízo das Execuções avaliar, segundo os critérios por ele adotados, qual o melhor momento para ser concedido ao sentenciado, o benefício da detração penal.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o eg. Tribunal de origem, que indeferiu liminarmente a ordem, em aresto assim ementado (e-STJ fl. 66):

HABEAS CORPUS. Comando de organização criminosa. 1) Paciente condenado por crime gravíssimo, responsável pelo fortalecimento das organizações criminosas e da omertà (conspiração) em detrimento da segurança pública e do Estado - Regime fechado como decorrência de todo o acervo probatório minudenciado na r. sentença hostilizada pelo writ, devidamente fundamentada na espécie - Impetração que busca reforma de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decisão judicial, ao arrepio do sistema recursal próprio, contemplado na lei processual - Via imprópria e inadequada. 2) Habeas corpus. Impossibilidade de dilação probatória - Modificação de regime - Detração - Descabimento - Regime inicial imposta essencialmente em razão da gravidade concreta da conduta, indiferente se apresentando o quantum da pena. Além disso, uma espécie de indireta progressão de regime deve ser matéria de melhor trato e competência do Juízo das Execuções Criminais (Lei nº 7.210/84, artigo 66, III, "b"), pois a aferição não se dá simplesmente pela apresentação do atestado de bom comportamento carcerário, convertendo o julgador em mero homologador disciplinar na fundamental etapa de reintegração social do condenado - Repúdio à administrativização da execução penal - Apesar de a Lei nº 10.792/2003 ter abolido a imprescindibilidade do exame criminológico, este se mostra, por vezes, fundamental para a análise depurada da absorção da terapêutica penal pelo condenado - Vedada, ademais, a impetração do habeas corpus como sucedâneo recursal - Precedentes pretorianos - Indeferimento liminar da ordem - Artigo 663 do Código de Processo Penal c.c. artigo 248 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo. Ordem indeferida in limine. (grifei).

Daí a presente impetração, na qual se aponta constrangimento ilegal decorrente de não ter sido observado, quando da prolação da r. sentença condenatória, o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, segundo o qual o tempo de prisão provisória deverá ser computado para fins de fixação de regime inicial de cumprimento de pena.

A defesa argumenta que o tempo de prisão cautelar do paciente, custodiado desde 15.1.2014, é suficiente para fins de aplicação da detração e consequente fixação de regime inicial mais brando. Assevera que a sentença foi prolatada após 11 meses e 25 dias da prisão, tempo superior a 1/6 da pena aplicada.

Ressalta as condições pessoais favoráveis, bem como o fato de ter sido juntado atestado de bom comportamento carcerário aos autos da impetração originária, além de não haver registro de falta disciplinar no período. Sustenta que o tipo e a gravidade do delito cometido não são suficientes para obstar a concessão de benefícios.

Por fim, aduz que o Tribunal *a quo* inovou na fundamentação utilizada para não aplicar a detração, uma vez que o Juízo Sentenciante apenas apontara tempo insuficiente da prisão e ausência de atestado de bom comportamento carcerário, tendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o Tribunal local indevidamente acrescentado que as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não eram favoráveis.

Pugna, assim, em liminar e no mérito, pela fixação do regime inicial semiaberto e, também, pela expedição de alvará de soltura para que o paciente possa recorrer em liberdade.

O pleito liminar foi indeferido (e-STJ fls. 77/79).

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se *"pelo não conhecimento do writ, mas pela concessão parcial da ordem, de ofício, apenas para que seja fixado regime de cumprimento de pena menos gravoso para o início de cumprimento da pena, ressalvando-se que deve ser observada a detração da pena do Paciente"* (e-STJ fls. 112/114).

É, em síntese, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 337.077 - SP (2015/0242345-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

A defesa aponta constrangimento ilegal decorrente de não ter sido observado, quando da prolação da r. sentença condenatória, o teor do § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, que determina que o tempo de prisão provisória seja descontado da pena definitiva imposta ao condenado, para fins de fixação de regime inicial de cumprimento de pena.

A jurisprudência desta Corte Superior, à luz da orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, exarada no julgamento do HC 109.956/PR, com o fito de conceder efetividade ao disposto no art. 102, II, “a”, da Constituição da República, e nos arts. 30 a 32 da Lei n. 8.038/90, assentou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, com vistas a não se desvirtuar a finalidade desse remédio constitucional.

No entanto, quando a ilegalidade apontada é flagrante, excepciona-se tal entendimento, justificando-se a atuação deste Superior Tribunal, caso em que se concede a ordem de ofício. Nesse mesmo sentido: HC 313.318/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgamento em 7/5/2015, DJe de 21/5/2015; HC 321.436/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/5/2015, DJe de 27/5/2015.

Assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Nesse contexto, em que pese a argumentação tecida pelos impetrantes, razão não lhes assiste, não se evidenciando a ilegalidade apontada.

Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do regime inicial de cumprimento de pena, o Julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do CP). Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que permitir a pena aplicada, quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito, ainda que fixada a pena-base no mínimo legal.

Transcrevo, por oportuno, as considerações tecidas pelo Juízo Sentenciante ao proceder à dosimetria da pena do paciente e fixar o regime inicial de seu cumprimento (e-STJ fls. 30/34):

Os acusados BRUNO e DYEGO são primários e seus apontamentos não podem ser considerados como maus antecedentes, de maneira que fixo suas penas bases no mínimo legal, restando, 03 (três) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias multa, para o crime de organização criminosa, e 03 (três) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias multa, para o crime de porte ilegal de armas de fogo, com relação ao réu BRUNO e 03 (três) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias multa, para o réu DYEGO. Já o acusado SAMUEL, possui péssimos antecedentes criminais, já condenado em primeiro grau em três processos distintos, circunstâncias que demonstram sua personalidade desvirtuada da moral média e com tendência à criminalidade.

[...].

Os crimes de organização criminosa foram praticados com participação do menor Gabriel, de maneira que presente a agravante prevista no §4º, inciso I do artigo 2º da Lei 12.850/2013, aumento a pena dos acusados em 1/6, perfazendo, 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias multa, para os réus BRUNO e DYEGO, e 04 (quatro) anos e 01 (um) mês de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias-multa, para o réu SAMUEL.

O acusado DYEGO exercia o comando da organização de maneira que nos termos do §3º da mesma Lei supra mencionada, aumento sua pena em mais 1/6, perfazendo, 04 (quatro) anos e 01 (um) mês de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias-multa.

Por fim, os acusados DYEGO e SAMUEL integram organização armada, de molde que, nos termos do §2º do mesmo dispositivo Legal, suas penas serão majoradas em mais 1/3, finalizando em 05 (cinco) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa.

Os condenados iniciarão o cumprimento da reprimenda em regime fechado, e isso porque, foram nesta data condenados pela prática de crimes gravíssimos, previstos em Legislação específica, destinada justamente a reprimir o crescimento do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crime organizado e o fortalecimento de tais organizações criminosas de maneira que delitos de tal ordem se cumprem, necessariamente, em regime fechado.

Ademais, este regime de cumprimento de pena privativa de liberdade se justifica ante a periculosidade dos agentes, em especial ante o fato de tratar-se de fatos praticados em conluio com um menor de idade, não se podendo perder de vista a gigantesca quantidade de armas de fogo e munições apreendidas nos autos. A sociedade está aterrorizada diante do crescimento da criminalidade e da violência, em especial, ante a abundância de delitos praticados por estas organizações criminosas, cada vez de modo mais frio e arrojado. [...].

A quantidade da pena privativa de liberdade e a espécie de delito praticado, com emprego de grande arsenal de armas de fogo e munições, visando uma organização criminosa voltada à prática de delitos gravíssimos vedam quaisquer substituições ou favores legais aos condenados. Mesmo porque o escopo do legislador não foi beneficiar agentes que não se privam em praticar crimes violentos, de maneira que qualquer outra forma de cumprimento de pena, que não seja privativa de liberdade em regime fechado, mostrar-se-ia demasiado tênue como forma de repressão e retribuição. [...].

Assim, a fim de assegurar a garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, presentes ainda os requisitos da prisão preventiva, não concedo aos condenados o direito de recorrer em liberdade. Deixo ainda de reconhecer os efeitos imediatos da detração, porque os condenados não se encontram presos tempo suficiente para obter o benefício da progressão de regime, para o qual faz se necessário ainda, o requisito subjetivo obtido somente com a certidão de conduta carcerária, igualmente ausente neste Juízo de Conhecimento. (grifei).

Ao acolher parcialmente os embargos declaratórios opostos pela defesa, o Magistrado de primeiro grau acrescentou à r. sentença, em seu tópico final, o seguinte trecho (e-STJ fl. 49):

Deixo ainda de reconhecer os efeitos imediatos da detração, com relação ao réu Dyego, eis que não há nos autos elementos acerca do requisito subjetivo necessário, qual seja, o atestado de conduta carcerária. Além disso, somente cabe ao Juízo das Execuções avaliar, segundo os critérios por ele adotados, qual o melhor momento para ser concedido ao sentenciado, o benefício da detração penal.

Por sua vez, a Corte de origem, consoante já relatado, indeferiu liminarmente a ordem lá impetrada, tendo assim se manifestado acerca do regime prisional e da detração penal a que alude o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(e-STJ fls. 69/72):

No caso concreto, percebe-se que, por vias oblíquas e ao arrepio do sistema recursal, pretende-se veicular a irresignação do paciente quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, o que é inviável pela estreita via cognitiva do habeas corpus.

Primeiro, já se compulsa desses autos, na própria decisão hostilizada pelo writ, a justificativa adequadamente fundamentada para a imposição do regime fechado, sobretudo no caso do paciente: “Os condenados iniciarão o cumprimento da reprimenda em regime fechado, e isso porque, foram nesta condenados por crimes gravíssimos, previstos em Legislação específica, destinada justamente a reprimir o crescimento do crime organizado e o fortalecimento de tais organizações criminosas de maneira que delitos de tal ordem se cumprem, necessariamente, em regime fechado” (fls. 24).

É certo, ainda, que a ação constitucional, com finalidades estreitas nos termos do artigo 5º, LXVIII, da CR/88, c.c. artigo 647 do Código de Processo Penal, tem rito procedimental célere, estando vocacionada para coibir ou sanar a constrição à liberdade deambulatoria nos casos de manifesta ilegalidade ou abuso de poder.

No caso concreto, percebe-se que a pena corporal e a imposição do regime fechado são decorrências da sentença condenatória, cuja fundamentação permanece legítima. Nada especificamente se indica na exordial que permita aduzir por manifesta e evidente coerção à liberdade deambulatoria do paciente, tendo em vista que, pelo que se deduz da decisão apontada como ilegal, que há um vasto acervo probatório, a indicar seu enredamento pela liderança em organização criminosa há muito articulada, que, por cediço conhecimento da experiência prática, embrenhou-se nas estruturas do Estado, e mantém entre seus membros a odiosa omertà.

Por outro lado, além de ser inviável a dilação probatória em sede de habeas corpus, também não se mostra cabível, no caso, aparentemente, a aplicação do instituto previsto no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Em primeiro lugar, porque o regime inicial para cumprimento da pena foi imposto, essencialmente, pela gravidade concreta da conduta, sendo indiferente, portanto, o quantum da pena corporal, evidenciando-se desnecessária e inadequada qualquer “detração” para sua determinação, pois irrelevante, isoladamente, para modificação.

Depois, porque, sem embargo das cizânias sobre a matéria, sob outro foco, não se mostra possível, pelo Juízo monocrático de conhecimento, a verificação dos requisitos do artigo 112 da Lei nº 7.210/84.

Além de a progressão de regime ser matéria de expressa competência do Juízo das Execuções Criminais (Lei nº 7.210/84,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

artigo 66, III, "b"), a aferição não se dá simplesmente pela apresentação do atestado de bom comportamento carcerário, convertendo o julgador em mero homologador disciplinar na fundamental etapa de reintegração social do condenado, no afã de se repudiar a administrativização da execução penal.

Muito embora a Lei nº 10.792/2003 tenha abolido a imprescindibilidade do exame criminológico, este se mostra, por vezes, fundamental para a análise depurada da absorção da terapêutica penal pelo condenado.

Por outro lado, e essencial na análise do presente caso, é de cediço conhecimento que eventual inconformismo da paciente deve ser veiculado pelo competente recurso de apelação (artigo 593 do Diploma Adjetivo), ainda mais quando parte da questão já foi depurada por meio de embargos de declaração, cuja decisão (fls. 41/43) enfatiza a já mencionada competência do Juízo das Execuções Criminais.

É descabido aplicar a via extraordinária deste writ como um sucedâneo recursal, em desprestígio da via regular contemplada na lei processual e da racionalização no emprego do habeas corpus, ainda mais porque seria preciso, inevitavelmente, o revolvimento da matéria fática, inviável em sede de habeas corpus. Nesse sentido, firma-se, pacificamente, a jurisprudência pátria: [...].

Destarte, com fulcro no artigo 663, do Código de Processo Penal, e no artigo 248, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, proponho o indeferimento in limine da ordem.

*Do exposto, por meu voto, **INDEFIRO IN LIMINE** a ordem de habeas corpus. (grifei).*

Consoante se depreende das transcrições acima, o Juízo Sentenciante, no que foi acompanhado pela Corte de origem, ao fixar a pena definitiva de 5 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão e estabelecer o regime inicial fechado, embora tenha feito menção à gravidade abstrata do delito, fundamento que ora se afasta, afirmou que o regime mais gravoso de cumprimento de pena está justificado, na hipótese, *"ante a periculosidade dos agentes, em especial ante o fato de tratar-se de fatos praticados em conluio com um menor de idade, não se podendo perder de vista a gigantesca quantidade de armas de fogo e munições apreendidas nos autos"*. O Tribunal de origem ressaltou, ainda, que, da r. sentença, extrai-se um vasto acervo probatório a indicar que o paciente exerce a liderança em organização criminosa há muito articulada.

Nesse contexto, a despeito de ter sido fixada a pena-base no mínimo legal, o estabelecimento de regime prisional mais gravoso foi devidamente justificado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelas instâncias ordinárias, com esteio em elementos concretos extraídos da conduta criminosa, não se verificando afronta ao teor dos Enunciados ns. 718 e 719 da Súmula do STF e 440 da Súmula do STJ, que dispõem:

Enunciado 718/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".

Enunciado 719/STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

Enunciado 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".

No que toca à pretensão de ser aplicada a detração penal a que se refere o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, o que, segundo a defesa, ensejaria a fixação de regime prisional mais brando, melhor sorte não encontram os impetrantes.

Assim dispõe o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (Vide Lei nº 11.719, de 2008)

[...].

§ 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. (Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012)

Ao contrário do que foi afirmado pelas instâncias ordinárias, o instituto de que trata o aludido § 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 objetivo e subjetivo para a progressão de regime.

No caso vertente, observo que, no momento da prolação da r. sentença (9.1.2015), o paciente encontrava-se custodiado há um pouco mais de 11 meses, visto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o mandado de prisão preventiva em seu desfavor foi cumprido em 15/1/2014 (e-STJ fl. 16).

Sob esse prisma, levando-se em conta que o paciente foi condenado à pena definitiva de 5 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão e que as instâncias ordinárias 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.

Confira-se a jurisprudência desta Corte sobre o tema:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, I E II, POR TRÊS VEZES, NA FORMA DO ART. 71, CAPUT, TODOS DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. MAJORANTES. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. SÚMULA Nº 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. REPRIMENDA FINAL SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. ELEMENTO CONCRETO. ADEQUAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 387, § 2.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

[...].

3. Não obstante a estipulação da reprimenda final em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, encontra-se motivada a sujeição a regime mais gravoso quando alicerçado em elementos concretos, a despeito desses não terem sido empregados na fixação da pena-base, estabelecida no mínimo legal. Na espécie, as instâncias de origem salientaram particularidade fática - modus operandi -, que evidencia um plus de reprovabilidade na conduta do paciente, impedindo o abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena.

4. O § 2.º do art. 387 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n.º 12.736/2012, não guarda relação com o instituto da progressão de regime, revelado na execução penal, eis que o legislador cuidou de abranger o referido dispositivo no Título XII - Da Sentença. Diante de tal fato e em razão do próprio teor do dispositivo, que se refere a regime inicial de cumprimento de pena, incumbe ao juiz sentenciante a verificação da possibilidade de se estabelecer um regime inicial mais brando, tendo em vista a detração no caso concreto.

4. A argumentação no sentido de que caberia ao Juízo das Execuções a análise dos requisitos para a progressão de regime, em verdade, não guarda correspondência com o pleito da defesa referente à aplicação do art. 387, § 2.º, do Código de Processo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal. Notabiliza-se que o mencionado artigo não evidencia progressão de regime, conforme já salientado, motivo pelo qual não há falar em exame dos critérios objetivo (lapso temporal) e subjetivo (comportamento carcerário), até porque tal avaliação invadiria a competência do Juízo das Execuções prevista no art. 66, III, b, da Lei de Execuções Penais.

5. A ação constitucional, no tocante à aplicação do art. 387, § 2.º, do CPP, não se reveste do indispensável requisito formal, qual seja, o interesse de agir, eis que o fato de o paciente já ter cumprido 3 (três) meses de uma condenação de 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, conforme afirmado pela defesa, não surtirá efeito no estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena. Isso porque a pena definitiva continua superior a 4 anos, o que evidencia a possibilidade da imposição do regime fechado, tendo em vista a gravidade concreta da conduta do paciente.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, mais 30 (trinta) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 344.424/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2016, DJe 18/02/2016) (grifei).

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 440/STJ. INAPLICABILIDADE. REGIME FECHADO ESTABELECIDO MOTIVADAMENTE. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...].

- Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte, a definição do regime prisional não está condicionada, de forma absoluta, à quantidade de pena aplicada, uma vez que se deve dar relevo aos demais elementos concretos do delito.

- Na hipótese, não se verifica constrangimento ilegal na fixação do regime inicial fechado à paciente Bruna, pois foi aplicado com base na gravidade concreta do modus operandi do delito, o qual extrapolou a prática delituosa comum para o tipo, cometido em concurso de três agentes, com simulacro de arma de fogo, em via pública e no período noturno, ameaçando duas vítimas mulheres. Quanto ao paciente Eduardo, o regime mais gravoso foi fixado em razão da reincidência. Precedentes desta Corte.

- 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 da possibilidade de o Juízo de 1º grau, no momento oportuno da prolação da sentença, estabelecer regime inicial mais brando, em razão da detração. No caso, ainda que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

realizado o desconto do quantum da pena, do período que os pacientes se mantiveram em custódia preventiva, não há constrangimento ilegal na fixação pelo magistrado de regime inicial mais gravoso, fundamentando-se na reincidência de um dos pacientes e no modus operandi do delito, que recomendam maior rigor no cumprimento da pena.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 355.088/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 22/06/2016) (grifei).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO SIMPLES. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 387, § 2º, DO CPP.

DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. IRRELEVÂNCIA PARA ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...].

2. Firmou-se neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal ou em outra situação que demonstre efetivamente um plus na gravidade do delito.

3. No caso dos autos, as instâncias ordinárias fixaram a pena-base acima do mínimo legal, tendo em vista a valoração negativa das circunstâncias do crime. Não olvidando que a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em 4 anos de reclusão, o regime inicial semiaberto foi fixado a partir de motivação concreta extraída dos autos, exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

4. É certo que o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal - CPP, acrescentado pela Lei n. 12.736/2012, determina que o tempo de segregação cautelar deve ser considerado na pena imposta, para o estabelecimento do regime prisional fixado pela sentença condenatória, não se confundindo com o instituto da progressão de regime, próprio da execução penal.

5. No presente caso, mostra-se inidônea a fundamentação utilizada pelas instâncias ordinárias, que atribuíram ao Juízo da Execução Penal a aplicação do instituto da detração prevista no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal - CPP. Todavia, inexistente, na hipótese, flagrante ilegalidade apta a ensejar a concessão da ordem no tocante à detração do tempo de prisão cautelar do paciente para fixação do regime inicial, pois ainda que descontado o período de prisão cautelar da pena privativa de liberdade imposta - 4 (quatro) anos de reclusão -, não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

haveria alteração do regime inicial fixado, tendo em vista a presença de circunstância judicial desfavorável.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 331.678/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 02/06/2016) (grifei).

Logo, não se vislumbra o constrangimento ilegal diante da fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena.

À vista de tais pressupostos, não conheço do *habeas corpus*.

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0242345-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 337.077 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01049340520138260050 1049340520138260050 193313 19332013 20150000384658
20967597020158260000

EM MESA

JULGADO: 09/08/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ISAAC MINICHILLO DE ARAÚJO E OUTROS
ADVOGADO : ISAAC MINICHILLO DE ARAÚJO E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DYEGO SANTOS SILVA (PRESO)
CORRÉU : BRUNO BITTENCOURT LOPES
CORRÉU : SAMUEL KUSS DA COSTA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante

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, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.