



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.631.641 - SP (2019/0365920-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : DELVAIR FERREIRA DE SOUZA NETO
ADVOGADO : ODEJANIR PEREIRA DA SILVA - SP055637
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : CAIQUE SANTOS MELQUIADES
ADVOGADO : ADRIANO BARBOSA JUNQUEIRA - SP249133

EMENTA

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO REGIMENTAL. ART. 258 DO RISTJ. CINCO DIAS. INTEMPESTIVIDADE. DETRAÇÃO. APLICAÇÃO OBRIGATÓRIA PELO JUÍZO DE CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.

1. O agravo regimental deve ser interposto no prazo de 5 (cinco) dias, conforme estabelecido no art. 258 do RISTJ, o que não ocorreu no caso.
2. A concessão de *habeas corpus*, de ofício, ocorre por iniciativa do próprio órgão jurisdicional quando constatada a existência de ilegalidade flagrante ao direito de locomoção, o que ocorre na hipótese.
3. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que a detração prevista no art. 387, § 2º, do CPP é, sim, de competência do Juiz sentenciante, cabendo a ele, no momento da prolação do édito condenatório, considerar o tempo de prisão provisória do réu, naquele mesmo processo, para a definição do regime prisional.
4. Agravo regimental não conhecido. Concessão de *habeas corpus* de ofício para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem a fim de que seja efetuada a detração da pena.

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 agravo regimental, contudo 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), 16 de junho de 2020 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.631.641 - SP (2019/0365920-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **DELVAIR FERREIRA DE SOUZA NETO**
ADVOGADO : **ODEJANIR PEREIRA DA SILVA - SP055637**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
INTERES. : **CAIQUE SANTOS MELQUIADES**
ADVOGADO : **ADRIANO BARBOSA JUNQUEIRA - SP249133**

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo regimental interposto por **DELVAIR FERREIRA DE SOUZA NETO** contra decisão do Ministro Presidente João Otávio de Noronha, que, com fundamento no art. 21-E, inciso V, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial.

O agravante alega que impugnou especificadamente os fundamentos de inadmissão do recurso especial, quais sejam, os óbices das Súmulas 284/STF e 7/STJ.

Requer seja provido o agravo regimental.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.631.641 - SP (2019/0365920-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : DELVAIR FERREIRA DE SOUZA NETO
ADVOGADO : ODEJANIR PEREIRA DA SILVA - SP055637
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : CAIQUE SANTOS MELQUIADES
ADVOGADO : ADRIANO BARBOSA JUNQUEIRA - SP249133

EMENTA

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO REGIMENTAL. ART. 258 DO RISTJ. CINCO DIAS. INTEMPESTIVIDADE. DETRAÇÃO. APLICAÇÃO OBRIGATÓRIA PELO JUÍZO DE CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.

1. O agravo regimental deve ser interposto no prazo de 5 (cinco) dias, conforme estabelecido no art. 258 do RISTJ, o que não ocorreu no caso.
2. A concessão de *habeas corpus*, de ofício, ocorre por iniciativa do próprio órgão jurisdicional quando constatada a existência de ilegalidade flagrante ao direito de locomoção, o que ocorre na hipótese.
3. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que a detração prevista no art. 387, § 2º, do CPP é, sim, de competência do Juiz sentenciante, cabendo a ele, no momento da prolação do édito condenatório, considerar o tempo de prisão provisória do réu, naquele mesmo processo, para a definição do regime prisional.
4. Agravo regimental não conhecido. Concessão de *habeas corpus* de ofício para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem a fim de que seja efetuada a detração da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

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

O recurso não merece prosperar.

Sobre o tema, dispõe o art. 258 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça:

"A parte que se considerar agravada por decisão do Presidente da Corte Especial, de Seção, de Turma ou de relator, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a."

Assim, o agravo regimental deve ser interposto no prazo de 5 (cinco) dias, conforme estabelecido no art. 258 do RISTJ.

No caso, a decisão agravada foi publicada em 7/02/2020 (e-STJ, fl. 792). O prazo para interposição do agravo teve início em 10/02/2020 e término em 14/02/2020. Entretanto, o agravo foi protocolado tão somente em 20/02/2020 (e-STJ, fl. 806), portanto, fora do prazo legal.

A seguir, ementa de acórdão que respalda esse entendimento:

"PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRAZO DE 5 DIAS CONTÍNUOS. INTEMPESTIVIDADE. AGRAVO NÃO CONHECIDO.

1. É intempestivo o agravo regimental que não observa o prazo de interposição de 5 dias contínuos, conforme art. 39, da lei n. 8.038/90, art. 258 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça RISTJ e art. 798 do Código de Processo Penal CPP.

2. Agravo regimental não conhecido." (AgRg no REsp 1837144/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2020, DJe 04/05/2020).

No entanto, a concessão de *habeas corpus*, de ofício, ocorre por iniciativa do próprio órgão jurisdicional quando constatada a existência de ilegalidade flagrante ao direito de locomoção, o que ocorre na hipótese.

O Tribunal de origem afastou a detração da pena com os seguintes fundamentos:

"Argumenta-se que a lei a ser utilizada por ocasião da fixação do regime inicial é a penal, no caso o CP, e não aquela processual, o CPP; uma interpretação desavisada e superficial da nova redação do § 2º, do art. 387, do CPP implicaria, assim, em consagrar-se indevidamente a detração como uma nova etapa da própria dosimetria da pena, de modo a possibilitar, na prática, fosse o sentenciado, ainda que inapto para tanto, progredido automaticamente de regime.

Aludida progressão de regime vem, por sua vez, necessariamente regida pela Lei de Execução Penal que, em razão de sua especialidade, teria preponderância sobre as demais, de natureza diversa. Para ser efetuada a progressão, seria necessário fosse, assim, verificado o preenchimento ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não de requisitos objetivos e subjetivos específicos com especial destaque para o merecimento do reeducando - pelo Juiz natural da causa, que seria, por sua vez, o Magistrado das Execuções Penais, e nunca o prolator da sentença.

Polêmicas à parte, conquanto se reconheça seja a detração do tempo de prisão provisória matéria realmente mais afeta à Vara das Execuções Criminais, conforme expressa disposição contida no art. 66, III, "c", da LEP, a questão pode ser evidentemente solucionada sem adentrar-se no mérito da constitucionalidade ou não da inovação legislativa, nem tampouco na análise da especialidade da lei tópicos anteriormente abordados uma vez que o quantum da pena aplicada é, independentemente de eventual desconto por detração referente ao tempo em que o sentenciado esteve preso preventivamente, apenas um dos fatores a serem considerados por ocasião da fixação do regime inicial do cumprimento de sua pena.

O art. 387, § 2º, do CPP, incluído a partir de 2012, prevê efetivamente apenas que o tempo de prisão provisória deva ser computado para fins de determinação do regime inicial.

Em momento algum, contudo, o legislador observou que apenas o *quantum* de pena imposto, já descontado o lapso de prisão anteriormente cumprida, fosse utilizado como parâmetro único para escolha do regime de cumprimento de pena seria.

O legislador de 2012, ao incluir mencionado parágrafo ao art. 387 do CPP, não revogou, com efeito, o art. 33, § 3º, do CP, nem tampouco o art. 59, III, CP.

Reza o primeiro desses dois últimos dispositivos que, ao fixar o regime inicial para cumprimento de pena privativa de liberdade, o Magistrado sentenciante deve considerar obrigatoriamente, além do quantum de pena aplicada, o preenchimento ou não das condições judiciais, previstas no art. 59 do mesmo estatuto penal.

Mencionado art. 59, III, CP prevê, por seu turno, que o Juiz deverá considerar as condições judiciais constantes do caput daquele dispositivo não apenas para fixar a pena-base, como também para estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Não se pode perder de vista que, no caso concreto, as circunstâncias judiciais são efetivamente desfavoráveis, ainda que o Juiz de 1º grau não as tenha considerado para majorar a pena-base. Conquanto descaiba a retificação de mencionada etapa do cálculo como acima consignado, nada impede seja a presença dessas circunstâncias negativas destacada para melhor embasar a não opção por regime inicial de cumprimento de pena mais benéfico. Cabe mencionar que o *quantum* da reprimenda ora imposta aos acusados, bem como, a quantidade de entorpecente apreendido em poder deles, o conluio com o menor de idade e a associação para o tráfico de entorpecentes, são circunstâncias que impedem a fixação de regime menos gravoso.

Afasta-se, portanto, a aplicação do art. 387, § 2º, do CPP, nesta sede recursal" (e-STJ, fls. 588-590).

No que tange à detração, a Lei n. 12.736/2012 alterou o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal determinando que o tempo da prisão provisória deverá ser computado para fixação do regime inicial de cumprimento de pena pelo juiz sentenciante, *in verbis*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Art. 387. O juiz, ao proferir 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. (Incluído pela Lei n. 12.736, de 2012)."

Assim, não há falar, *in casu*, em progressão de regime. Confira-se:

"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.

Da mesma forma deve se dar quando da análise da questão pelo Tribunal em sede de recurso com efeito devolutivo."

(AgRg no AREsp 652.915/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 9/03/2016, grifou-se).

Nesse sentido:

"[...]

DETRAÇÃO PENAL. DESCONTO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 8 ANOS. VETORES JUDICIAIS NEGATIVOS. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. A questão disposta no § 2º do art. 387 do CPP não trata de execução penal, mas de fixação do regime inicial de cumprimento de pena a ser imposto pelo Juízo 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.

2. Da mesma forma deve se dar quando da análise da questão pelo Tribunal em sede de recurso com efeito devolutivo, como *in casu*, em que se operou a reanálise da sanção e do regime prisional impostos.

3. No caso dos autos, a existência de circunstâncias judiciais negativas impede a mitigação do regime inicial de pena, ainda que descontado o tempo de prisão cautelar do agravante.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 1.066.530/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe 16/02/2018).

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. DETRAÇÃO DO PERÍODO DE PRISÃO CAUTELAR. NÃO ALTERAÇÃO DO PATAMAR PREVISTO NO ARTIGO 33, § 2º, CP. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O § 2.º do art. 387 do CPP, com redação dada pela Lei n.º 12.736/12, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. **Notabiliza-se que o mencionado artigo não evidencia progressão de regime, 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.**

2. No caso concreto, por ocasião da fixação do regime semiaberto, a pena já se encontrava no menor patamar (inferior a quatro anos), daí porque não há como alterar o regime de cumprimento mesmo se considerado o tempo de prisão cautelar.

3. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1712722/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018, grifou-se).

No caso, o acórdão foi prolatado após 30/11/2012 (data de publicação da Lei n. 12.736/2012), devendo, portanto, ser observado o tempo de prisão temporária para fixação do regime inicial de cumprimento da reprimenda.

No entanto, inviável o estabelecimento direto de regime menos gravoso por esta Corte Superior, diante da ausência de análise do Tribunal de origem **quanto ao tempo de prisão processual cumprida pela parte**, sendo, então, necessário o reexame das provas dos autos para sua aferição, providência não admitida na via do recurso especial.

Ante o exposto, **não conheço** do agravo regimental. Contudo, **concedo habeas corpus**, de ofício, para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que se proceda a análise do período em que esteve preso provisoriamente o recorrente, nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal e defina o regime cabível.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0365920-4 PROCESSO ELETRÔNICO **AgRg no**
AREsp 1.631.641 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0000085-06.2017.8.26.0611 00000850620178260611 850620178260611

EM MESA

JULGADO: 16/06/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. LUCIANO MARIZ MAIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : DELVAIR FERREIRA DE SOUZA NETO
ADVOGADO : ODEJANIR PEREIRA DA SILVA - SP055637
AGRAVANTE : CAIQUE SANTOS MELQUIADES
ADVOGADO : ADRIANO BARBOSA JUNQUEIRA - SP249133
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : DELVAIR FERREIRA DE SOUZA NETO
ADVOGADO : ODEJANIR PEREIRA DA SILVA - SP055637
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : CAIQUE SANTOS MELQUIADES
ADVOGADO : ADRIANO BARBOSA JUNQUEIRA - SP249133

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 agravo regimental, contudo 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.