

HABEAS CORPUS Nº 463.249 - SP (2018/0200422-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : RICARDO CABRAL
ADVOGADO : RICARDO CABRAL - SP240413
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MATHEUS ALVES AGUIAR (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **MATHEUS ALVES AGUIAR**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

"EMENTA: TRIBUNAL DO JÚRI – DELITO DE HOMICÍDIO QUALIFICADO (CP, ARTS. 121, § 2º, III, C.C. O ART. 14, II, E 213, § 1º, NA FORMA DO ART. 69) – APELO DA DEFESA BUSCANDO A REFORMA PARCIAL DO JULGADO PARA REDUZIR AS PENAS COM A APLICAÇÃO DE MAIOR PERCENTUAL PELO PRIVILÉGIO. RECURSO CONHECIDO NO TOCANTE À MATÉRIA DEVOLVIDA (CPP, ART. 599), APLICANDO-SE O PRINCÍPIO '*TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM*' PRECEDENTES. DESCABIMENTO CONSELHO DE SENTENÇA QUE RESPONDEU AFIRMATIVAMENTE AOS QUESITOS SOBRE A MATERIALIDADE E A AUTORIA CRIMINOSA, NEGANDO-SE A ABSOLVER O RÉU MAS RECONHECENDO EM SEGUIDA O PRIVILÉGIO, AUSENTE IMPUGNAÇÃO RECURSAL DEFENSIVA CONTRA A CONDENAÇÃO DOSAGEM DAS REPRIMENDAS QUE NÃO MERECE REPAROS PENA BASE FIXADA NO PISO E MANTIDA DEPOIS SEM EMBARGO DA MENORIDADE RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO ACERTADO REDUÇÃO DE PENA QUE DEVE SER AFERIDA COM BASE NAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS, NOTADAMENTE O GRAU EMOTIVO DO RÉU E A INTENSIDADE DA INJUSTA PROVOCAÇÃO REALIZADA PELA VÍTIMA REPRIMENDA CORPORAL ADEQUADA PARA O ALCANCE DE SUAS FINALIDADES RECURSO DESPROVIDO." (e-STJ, fl. 16)

Sustenta o impetrante a suposta existência de constrangimento ilegal, consubstanciado na não aplicação da detração para fins de fixação de regime.

O pedido de liminar foi indeferido (e-STJ, fl. 31).

Parecer do Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 138-139).

É o relatório.

Decido.

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.

No caso, pugna a defesa pela detração do tempo de custódia cautelar, com vistas à fixação de regime prisional menos gravoso ao ora paciente, a teor do art. 387, § 2º, do CPP.

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:

"*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 01/03/2016, DJe 07/03/2016.)

"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, 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.)

In casu, malgrado a sentença tenha sido proferida após o advento da 12.736/2012, o Juiz-Presidente não logrou observar os preceitos do § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal. De igual modo, o Colegiado de origem limitou-se a reconhecer que o instituto da detração deveria ser aplicado pelo Juízo das Execuções, por carecer de análise acerca do mérito do paciente.

Nesse passo, tratando-se de decreto condenatório com exaurimento da jurisdição das instâncias ordinárias, deve o Juízo das Execuções verificar a possibilidade de fixação de regime de cumprimento da pena em regime mais brando.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*, mas **concedo** a ordem, de ofício, a fim de determinar que o Juízo das Execuções avalie a possibilidade de fixação de regime prisional menos gravoso ao paciente, a teor do art. 387, § 2º, do CPP.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 12 de fevereiro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator