AgRg no RCD no HABEAS CORPUS Nº 397.418 - SP (2017/0093675-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE	:	L J A P
ADVOGADO	:	GUSTAVO HENRIQUE SILVA BRACCO - SP187552
AGRAVADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de agravo regimental interposto por L J A P contra a decisão que não conheceu do *habeas corpus* por ser manifestamente incabível, ao entender por se tratar de reiteração de pedido (e-STJ fls. 45-46).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial semiabeeto, como incurso no art. 214 do Código Penal(e-STJ fls. 18-28).

Irresignados, a defesa e o Ministério Público interpuseram apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao apelo da defesa, e deu provimento ao recurso ministerial, modificando a pena final para 7 (sete) anos de reclusão, mantendo-se, no mais, a sentença condenatória (e-STJ fls. 10-17).

No *habeas corpus* impetrado nesta Corte, buscou-se o reconhecimento da detração do período em que o paciente ficou preso provisoriamente.

No *decisum* agravado, não se conheceu do *habeas corpus.*

Protocolado pedido de reconsideração, este foi denegado (e-STJ fls. 56-57).

Nas razões deste agravo regimental (e-STJ fls. 60-65), o agravante sustenta a ausência de reiteração de pedido com relação ao HC 331.953/SP, porquanto, embora se refiram ao mesmo acórdão, no primeiro *writ* impetrado buscou-se o afastamento da agravante referente ao abuso de confiança, enquanto que no presente caso, pretende a aplicação da detração penal.

Requer, ao final, seja exercido o juízo de retratação ou submetido o feito ao colegiado, nos termos delineados na impetração.

É o relatório.

A irresignação merece provimento.

Ao compulsar os autos, verifico a pertinência das alegações do agravante, motivo pelo qual reconsidero a decisão agravada (e-STJ fls. 45-46) e reanaliso o *habeas corpus*.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do art. 105, inciso III, da Constituição da República, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Quanto ao pedido de detração, verifica-se que o tema não foi objeto de debate pelo Tribunal estadual no aresto objurgado, circunstância que inviabiliza a sua análise direta por este Sodalício, sob pena de atuar em indevida supressão de instância.

Nessa esteira:

> *PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO. RÉU CONDENADO. REGIME FECHADO. NEGATIVA DE RECORRER EM LIBERDADE. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA DELITUOSA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. REGIME E DETRAÇÃO. MATÉRIAS NÃO ANALISADAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
> *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. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.*
> *3. A negativa de recorrer em liberdade está adequadamente motivada em elementos concretos extraídos dos autos, diante do modus operandi da conduta criminosa, indicando a periculosidade do paciente que, em concurso de agentes (menor de idade) e mediante violência perpetrada com emprego de força física, em que a vítima foi abordada pelas costas e segurada, visando subtrair seus pertences. Entretanto, policiais militares acudiram a vítima e saíram em perseguição aos agentes infratores, que sacaram simulacro de arma de fogo, ensejando a ação policial mais efetiva que resultou na prisão em flagrante delito.*
> *4. Os pleitos de abrandamento do regime e da detração penal não foram analisados pelo Tribunal de origem, o que impede seu conhecimento por este Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância.*
> *5. Habeas corpus não conhecido.*
> *(HC 448.668/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 20/06/2018)*
>
> *PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. DOSIMETRIA. PENA-BASE DO CRIME DESCRITO NO ART. 16, IV, DA LEI N. 10.826/03. AUMENTO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. QUANTIDADE DE ARMAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM DE AUMENTO. PROPORCIONAL E RAZOÁVEL. DIMINUIÇÃO. DESCABIMENTO. REINCIDÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. DETRAÇÃO. SUPRESSÃO INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. […]*

> *II - In casu, o aumento da pena-base se encontra devidamente justificado na existência de circunstância judicial desfavorável - quantidade de armas -, valorada negativamente com base em elementos concretos, o que denota maior reprovabilidade da conduta, mostrando-se, ainda, o aumento justo e proporcional ao caso concreto.*
> *III - Sendo o paciente reincidente, com circunstâncias judiciais desfavoráveis e fixada a pena em 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da sanção, nos termos do art. 33, §§ 2° e 3º, do Código Penal. A manutenção do regime mais gravoso do que o cabível pelo quantum de pena imposta justifica-se na reincidência do paciente e parte das circunstâncias judiciais desfavoráveis.*
> *IV - O col. Supremo Tribunal Federal já decidiu que "a utilização da reincidência para aumentar a pena-base e, também, para impor regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso não configura bis in idem" (HC 120.994/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 16.5.2014).*
> *V - A detração da pena não foi sequer suscitado nas razões de apelação, razão pela qual também não foi analisado pelo eg. Tribunal de origem, ficando impedida esta Corte de proceder à análise deste, sob pena de indevida supressão de instância Habeas Corpus não conhecido.*
> *(HC 435.571/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 26/04/2018)*

Ademais, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, ausentes elementos que embasem a análise do pedido de detração, o correto é que o pedido seja diretamente realizado junto ao Juízo das execuções.

A propósito:

> *PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL.*
> *NÃO CABIMENTO. RECEPTAÇÃO QUALIFICADA. CORRUPÇÃO ATIVA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. DETRAÇÃO. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES SUFICIENTES. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PARA QUE AVALIE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
> *I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.*
> *II - Esta Corte Superior de Justiça, possui entendimento no sentido de que se estiverem ausentes, nos autos, os elementos necessários à aplicação do disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, caberá ao Juízo das Execuções examinar se o tempo de prisão cautelar do paciente autoriza a fixação de regime mais brando.*

Precedentes.
III - Na hipótese, o Tribunal de origem ao julgar o recurso de apelação, em consonância com o entendimento desta Corte, reconheceu que a detração, já que não aplicada pelo juiz sentenciante, deverá ser pleiteada e analisada pelo juízo das execuções, porquanto este tem, de fato, mais elementos para avaliar a possibilidade do recorrente iniciar o cumprimento da pena em regime mais brando, considerando o tempo de prisão cautelar.
Habeas corpus não conhecido.
(HC 443.498/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 15/06/2018)

RECURSO EM HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA ARMADA. CUSTÓDIA CAUTELAR DECRETADA NO CURSO DO PROCESSO. SOLTURA POR EXCESSO DE PRAZO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. VEDAÇÃO A APELO EM LIBERDADE. MODUS OPERANDI. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS NEGATIVAS. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ADEQUAÇÃO AO REGIME PRISIONAL. RECURSO NÃO PROVIDO.
1. A jurisprudência desta Corte Superior já se posicionou no sentido de que o modus operandi do delito, bem como suas circunstâncias - a revelar especial periculosidade -, podem justificar idoneamente a vedação ao apelo em liberdade, inclusive quando o réu tenha se livrado solto durante parte do curso do processo.
2. Outrossim, ajustada a medida restritiva ao regime prisional imposto na sentença condenatória e determinada a expedição de guia provisória, para outras adequações, como a detração penal, pelo Juízo das Execuções Criminais, não há constrangimento ilegal a ser sanado.
3. Recurso não provido.
(RHC 79.850/PE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 19/06/2018)

Ante o exposto, nos termos do art. 258 do RISTJ, **reconsidero** a decisão proferida às e-STJ fls. 45-46, mas, por se afigurar manifestamente incabível, **não conheço** do *writ*.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 08 de junho de 2019.

Ministro JORGE MUSSI
Relator