

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 529.812 - SP (2019/0255668-6)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : JOSE DE RIBAMAR VIANA
ADVOGADO : JOSÉ DE RIBAMAR VIANA - SP134383
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VINYCIUS FERREIRA DE OLIVEIRA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

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

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime prisional semiaberto, e ao pagamento de 8 dias-multa, por incurso nas penas do art. 157, § 2º, inciso II, c.c. o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, tendo sido absolvido, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, quanto à prática dos delitos do artigo 244-B, da Lei 8.069/90 e do artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal.

Irresignada, a defesa apelou ao Colegiado de origem, que desproveu o recurso, determinando a expedição de mandado prisional. Eis a ementa do acórdão:

"TENTATIVA DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES. Configuração.

Materialidade e autoria demonstradas nos autos.

Confissão extrajudicial do apelante em consonância com as declarações da vítima, que o reconheceu pessoalmente, em ambas as fases da persecução penal, como um dos responsáveis pela tentativa de roubo em questão. Declarações da vítima corroboradas pelos policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante do acusado. Condenação mantida. Concurso de agentes comprovado ante o liame subjetivo, a pluralidade e relevância causal das condutas.

PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO CABIMENTO. Suficientemente comprovado nos autos que o apelante praticou atos materiais do roubo, tendo anunciado o assalto juntamente com o adolescente infrator. E ainda que assim não o fosse, o apelante efetivamente contribuiu à prática criminosa, de forma relevante, dando guarida à ação criminosa e possibilitando a fuga e, conseqüentemente, o resultado espúrio do crime, caso consumado fosse.

PENAS. Base fixada no mínimo legal, acrescida de 1/3 pelo concurso de agentes e, posteriormente, decotada em 1/3 pela tentativa, tendo em vista o iter criminis percorrido, do que resultou na definitiva fixada na origem de 03 (três) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 08 (oito) dias-multa mínimos. Atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, esta reconhecida nesta instância, não têm o condão de reduzir a pena-base aquém do seu mínimo legal, em respeito à Súmula 231 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

REGIME. Apelante indevidamente beneficiado com a fixação do

Superior Tribunal de Justiça

regime inicial semiaberto, por se tratar de crime cometido com grave ameaça à pessoa e envolvimento de menor de idade.

BENEFÍCIOS. Incabível a substituição das penas restritivas de liberdade por restritivas de direitos e o sursis penal, por se tratar de crime cometido com violência e/ou grave ameaça à pessoa.

Recurso defensivo desprovido, com expedição de mandado de prisão, após o esgotamento de recursos nesta instância" (e-STJ, fl. 535).

Neste *mandamus*, o impetrante sustenta, em síntese, que o Juízo de 1º grau deixou de proceder à detração do tempo de custódia cautelar, sendo certo que o paciente faz jus ao regime prisional aberto.

Pugna, assim, pela concessão da ordem a fim de que seja realizada a detração do período de prisão cautelar e seja estabelecido ao paciente o regime prisional aberto.

Indeferido pedido de liminar (e-STJ, fl. 556), a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão da ordem, de ofício, para que seja realizada, pelo juízo sentenciante, a detração, com reavaliação do regime inicial de cumprimento da pena (e-STJ, fls. 602-604).

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, cinge-se a controvérsia ao reconhecimento do direito do paciente à detração do tempo de custódia cautelar, com fundamento no art. 387, § 2º, do CPP.

Está inscrito no acórdão ora impugnado:

"Nesse passo, consigno que o artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.736/12, não positivou uma detração automática para a fixação do regime inicial de cumprimento de penas, sendo incabível a fixação de regime menos gravoso exclusivamente pelo simples cálculo de desconto ou abatimento do tempo de prisão anterior à prolação da r. sentença, já que a situação do condenado demanda análise em cotejo com outros fatores além da quantidade da pena, não constantes nos autos, como, por exemplo, o requisito de ordem subjetiva, exigido para a progressão de regime e previsto no artigo 112 da Lei de Execução Penal.

Destarte, na hipótese dos autos, não tem aplicação o disposto no artigo 387, § 2º, do Estatuto de Ritos Penais para aplicação de regime menos rigoroso, no juízo de conhecimento, em atenção ao que preceitua os §§ 2º e 3º do artigo 33 do Código Penal, porque se revelaria inadequado à prevenção e repressão do delito praticado em espécie, sem prejuízo da oportuna aferição da conveniência da progressão pelo E. Juízo da execução, que disporá da integralidade de elementos necessários à apreciação do tema" (e-STJ, fl. 548).

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

Superior Tribunal de Justiça

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 sentenciado 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.

Superior Tribunal de Justiça

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 Magistrado processante 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. Ainda, em pesquisa ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na internet, constatou-se que os autos foram remetidos ao Juízo de origem, em 28/08/2019, após o trânsito em julgado da condenação, para o *Parquet* e para a defesa.

Nesse passo, tratando-se de decreto condenatório já transitado em julgado, 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 proceda à detração do tempo de custódia cautelar, conforme a dicção do art. 387, § 2º, do CPP.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de outubro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator