

RECLAMAÇÃO Nº 34.321 - SP (2017/0157630-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECLAMANTE : **ANDERSON JOSE DA CONCEICAO**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
RECLAMADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

DECISÃO

Trata-se de reclamação ajuizada por **ANDERSON JOSÉ DA CONCEIÇÃO** contra acórdão proferido pela Décima Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Criminal n.º 0000606-67.2014.8.26.0477, por suposto descumprimento de acórdão da Quinta Turma desta Corte, de minha relatoria, proferido no julgamento do HC n.º 365.886/SP.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 (sete) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática dos delitos descritos no art. 157, § 2.º, inciso II, do Código Penal e no art. 244-B da Lei n.º 8.069/1990.

Pretendendo a absolvição do acusado, ou o devido cálculo da detração do tempo em que o réu permaneceu preso provisoriamente, bem como o reconhecimento do direito de apelar em liberdade, a Defensoria Pública estadual interpôs recurso de apelação perante o Tribunal *a quo*, que lhe negou provimento.

Buscando a adequação do regime inicial de cumprimento de pena do sentenciado, levando-se em conta o teor do art. 387, § 2.º, do Código de Processo Penal, a defesa impetrou *habeas corpus* perante esta Corte que concedeu a ordem para que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo realizasse o cálculo previsto no referido dispositivo, a fim de extrair desse cômputo o adequado regime prisional a ser destinado ao réu.

Em novo *decisum*, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve o regime inicial fechado (e-STJ, fls. 331-336).

Na presente reclamação, alega a Defensoria Pública que a Corte Estadual desrespeitou a decisão proferida no HC n.º 365.886/SP, pois manteve o regime mais gravoso em função da "gravidade concreta dos fatos, no *quantum* da pena e na reincidência do agente" (e-STJ, fl. 4), sem abater o período em que o réu esteve preso provisoriamente.

Afirma que "as considerações invocadas pelo Egrégio Tribunal são absolutamente irrelevantes, pois a necessidade de cálculo do tempo de custódia cautelar para fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade existe em qualquer caso, independentemente de motivos que eventualmente ensejariam motivo mais gravoso" (e-STJ, fl. 4).

Pugna, liminarmente, pela imediata colocação do réu em regime semiaberto. No mérito, requer o acolhimento da presente reclamação para que seja realizado o cálculo previsto no art. 387, § 2.º, do Código de Processo Penal.

O pleito liminar foi indeferido (e-STJ, fls. 342-344).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 350-385), o Ministério Público opinou pela improcedência do pedido (e-STJ, fls. 389-392).

É o relatório.

Decido.

Eis o teor do *decisum* impugnado:

"Passo, pois, a reapreciação, tão-somente, do regime prisional, à luz do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Insta conservar-se a adoção do regime inicial fechado, pois, **inobstante o tempo de prisão provisória do apelante, tem-se que a opção pelo regime prisional mais rigoroso calcada na gravidade concreta dos fatos em apreço, no *quantum* da pena e na reincidência do agente, atendeu ao disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal, não havendo, assim, falar-se na incidência, *in casu*, das Súmulas nºs 440 e 443 do Colendo Superior Tribunal de Justiça e 718 e 719 do Pretório Excelso, tampouco do regramento contido no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal** (acrescentado pela Lei nº 12.736/12).

Dessarte, aqui mantido o regime prisional inicial fechado, repita-se, inobstante o tempo de prisão provisória do réu, quaisquer alegações a respeito da aplicação do instituto da detração penal e/ou progressão, deverão ser objeto de análise na fase de execução da sentença, após o trânsito em julgado e expedição da guia de recolhimento.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso defensivo, mantendo-se o regime prisional inicial fechado." (e-STJ, fls. 335-336; grifos diversos do original.)

Verifica-se que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de fato, não observou a determinação desta Corte contida no HC 365.886/SP, na medida em que, embora tenha voltado a analisar o cabimento de regime menos gravoso ao apenado, não o fez sob a ótica do disposto no art. 387, § 2º, do CPP.

Cumpre lembrar que o referido dispositivo prevê que "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".

No entanto, em que pese o descumprimento (tendo em vista que a Corte Estadual não analisou a questão à luz do art. 387, §2º, do CPP), a remessa dos autos ao Tribunal *a quo* para nova análise da questão revela-se inócua. Explica-se.

Consoante se extrai dos autos, o reclamante foi **preso em flagrante** no dia **14/01/2014**, tendo permanecido encarcerado provisoriamente durante toda a instrução, até a prolação da **sentença**, em **26/05/2015**, que o condenou, conforme já referido, a **7 (sete) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado**, negando-lhe do direito de apelar em liberdade.

Na data da prolação da sentença condenatória, portanto, o réu se encontrava preso há cerca de **1 (um) ano e 4 (quatro) meses**.

Com efeito, ainda que se computasse o período em que o réu esteve preso provisoriamente, ter-se-ia um saldo de pena médio de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão. Este *quantum*, somado à reincidência devidamente reconhecida pelas instâncias ordinárias, justificaria a negativa de fixação do regime inicial intermediário, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal. A propósito:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. NÃO CONHECIMENTO. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. IRRELEVÂNCIA DA DETRAÇÃO PARA A FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL PARA A UNIFICAÇÃO DA PENA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A Corte de origem não se manifestou sobre a detração, de maneira que não é possível que este Superior Tribunal conheça, originariamente, da matéria, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

- Nos termos do art. 387, § 2º, do CPP, o cômputo do tempo de prisão provisória na sentença penal condenatória é restrito à finalidade de determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade. Na hipótese dos autos, a prática da referida medida pelo juízo da condenação constituiria ação inócua, visto que, com a detração do período de 9 meses de prisão cautelar, a pena definitiva ainda resultaria em patamar superior a 4 anos de reclusão, autorizando a fixação do regime inicialmente semiaberto. A medida, in casu, não teria o condão de melhorar a situação do réu, nesse aspecto.

- O abatimento do tempo de prisão provisória do total da condenação decretada neste processo-crime é providência que competirá ao juízo da execução penal, a qual será levada a efeito após o trânsito em julgado e o início do cumprimento da pena, consoante dicção do art. 66, inciso III, "c", da Lei n. 7.210/1984.

- Habeas corpus não conhecido." (HC 480.128/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 14/02/2019; grifou-se)

Logo, percebe-se que a manutenção do regime inicial mais gravoso é legítima na espécie, conforme referido na decisão indeferitória do pedido urgente (e-STJ, fls. 342-344).

Sendo assim, em que pese o Tribunal não ter analisado a questão sob a ótica do art. 387, § 2.º, do CPP, em manifesta desobediência à determinação desta Corte, a devolução dos autos àquela instância não resultará no fim pretendido pela parte, na medida em que é correta a manutenção do regime inicialmente fechado imputado ao réu, mesmo após o cálculo da detração, considerando o saldo de pena e a sua reincidência. Assim, imperioso concluir que o requerente carece de interesse jurídico.

Superior Tribunal de Justiça

Diante do exposto, **não conheço** da reclamação.
Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator