

**HABEAS CORPUS Nº 530.319 - SP (2019/0258669-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
FABIANNE CARVALHO NEVES XAVIER - SP324570  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : RAFAEL OLIVEIRA ALVES (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de RAFAEL OLIVEIRA ALVES apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Criminal n. 0000459-07.2015.8.26.0477.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, mais 13 dias-multa, como incurso no crime de roubo circunstanciado, previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, tendo em vista que, em concurso com outros dois agentes não identificados e mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, subtraiu o veículo e os demais pertences de um casal no instante em que o estacionavam.

A apelação criminal da defesa foi desprovida, enquanto que o recurso ministerial foi provido para majorar a pena para 6 anos e 5 meses de reclusão e 15 dias-multa.

Eis a ementa do acórdão (e-STJ fl. 24):

*Apelações do Ministério Público e da defesa - Roubo duplamente majorado. Pedido para recorrer em liberdade que se encontra prejudicado. Autoria e materialidade bem comprovadas - Palavras firmes e coerentes das vítimas e dos policiais oficiais - Seguro reconhecimento - Condenação que se sustenta - Desclassificação para roubo simples - Impossibilidade - Conduta não delineada - Emprego de arma e comparsaria, a indicarem o delito mais grave - Causa de aumento relativa à arma que independe da apreensão, se firme a prova a respeito - Precedentes - Elevação na terceira fase que, entanto, se mostra aquém do justo, em sendo duas as majorantes - Penas redimensionadas - Concurso formal configurado - Bens pessoais incommunicáveis - Patrimônios distintos atingidos - Precedentes - Regime inicial fechado mantido - Detração - Matéria de competência do Juízo das Execuções Criminais ; - Precedentes - Recurso ministerial parcialmente provido, enquanto desprovido o*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*defensório.*

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados.

Irresignada, a defesa interpôs recurso especial, que foi inadmitido pela Corte de origem.

Contra essa decisão a defesa interpôs agravo, autuado no Superior Tribunal de Justiça sob o número 1.399.263/SP. Por intermédio de decisão monocrática por mim lavrada, conheci do agravo e dei parcial provimento ao recurso especial, a fim de alterar o regime inicial para o semiaberto, até que o Tribunal *a quo* avaliasse a detração penal do período em que o paciente permaneceu preso cautelarmente (DJe de 18/12/2018).

Assim, a Corte estadual proferiu novo aresto, assim ementado (e-STJ fl. 82):

*APELAÇÃO CRIMINAL – Determinação do C. STJ para enfrentar a detração da pena – Hipótese que não permite a outorga do benefício. Gravidade concreta do delito. Ausentes elementos suficientes acerca do tempo de prisão cautelar e do comportamento carcerário do réu – Recurso improvido.*

No presente *writ*, a defesa alega constrangimento ilegal decorrente do descumprimento da decisão do Superior Tribunal de Justiça que fixou o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena. Além disso, continua, negou a detração com fundamentação inidônea.

Requer, liminarmente, a imediata transferência do paciente para o regime semiaberto. No mérito, pede a fixação do regime intermediário ou aberto.

O pedido liminar foi deferido (e-STJ fls. 89/101).

Informações prestadas (e-STJ fls. 106/108 e 111/152).

O Ministério Público Federal opinou pela parcial concessão do *writ*, a fim de se determinar a imediata transferência do paciente para o regime semiaberto, em parecer a seguir ementado (e-STJ fl. 154):

*HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO DO STJ. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO*

**ILEGAL. DETRAÇÃO. DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS NOS AUTOS QUE REVELEM O TEMPO QUE O RÉU PERMANECEU RECLUSO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO.**

*Parecer pela concessão parcial do writ para determinar a transferência do paciente para o regime semiaberto.*

É o relatório.

**Decido.**

A impetrante alega descumprimento da decisão de minha lavra proferida no AREsp n. 1.399.263/SP, que está assim fundamentada:

*Assim, mantenho a pena reclusiva em 6 anos e 5 meses de reclusão. Com relação ao regime prisional, verifico que a pena-base foi aplicada no mínimo legal, sendo reconhecidas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Na segunda fase, foi reconhecida a primariedade do agente.*

*Segundo a orientação firmada neste Tribunal Superior, está autorizada a determinação do regime prisional mais gravoso, desde que haja fundamentação idônea, sendo vedado considerar-se apenas a gravidade abstrata do delito.*

*Nesse sentido:*

**HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE CONFIGURADA. COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

[...]

*6. Para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as diretrizes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a gravidade concreta do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo quantum da pena.*

**7. Não há ilegalidade no estabelecimento do regime inicial fechado quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime, em especial o modus operandi adotado pelos agentes.**

*8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, em relação ao primeiro paciente, a ser compensada com a agravante da reincidência, readequando a reprimenda a ele imposta. (HC 355.341/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 23/6/2016, grifei.)*

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME INICIAL FECHADO. ELEMENTO CONCRETO. AUSÊNCIA DE PATENTE ILEGALIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

2. *Não obstante a estipulação da reprimenda final em patamar inferior a 8 (oito) anos e superior a 4 (quatro) anos de reclusão, encontra-se motivada a sujeição a regime mais gravoso quando alicerçado em elementos concretos, a despeito desses não terem sido empregados na fixação da pena-base, estabelecida no mínimo legal.* Na espécie, a instância de origem destacou a gravidade concreta da conduta do agente (o réu praticou roubo em concurso com outros agentes em que houve intensa intimidação e agressões físicas contra as vítimas), o que traz para o palco dos acontecimentos um plus de reprovabilidade, impedindo o abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena.

3. *Habeas corpus não conhecido.* (HC 302.087/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 23/6/2016.)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. *"Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito"* (enunciado n. 440 da Súmula do STJ) e, no mesmo sentido, os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF.

3. *No caso, embora o paciente seja primário, condenado à pena privativa de liberdade superior a 4 e não excedente a 8 anos, o regime mais gravoso foi estabelecido mediante fundamentação concreta, qual seja, o modus operandi da conduta do paciente, que na companhia de outro comparsa menor quebrou o vidro lateral do veículo para subtrair os bens da vítima.*

4. *Habeas corpus não conhecido.* (HC 357.565/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 29/6/2016, grifei.)

**Dos excertos acima transcritos, verifico que a Corte local não indicou elementos válidos que efetivamente evidenciassem a inadequação do regime inicial semiaberto.**

**Aplica-se ao caso, portanto, as Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF, que preconizam, respectivamente:**

*Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.*

# Superior Tribunal de Justiça

*A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.*

*A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*

**Ademais, os atos infracionais não podem justificar validamente o recrudesimento do regime, sob pena de ofensa indireta à Súmula n. 444/STJ. Mutatis mutandis, confira-se o seguinte precedentes desta Sexta Turma:**

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. FUNDAMENTO INIDÔNEO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

*1. Os atos infracionais, na medida em que não podem ser considerados em desfavor do réu, não se mostram, pelas mesmas razões, aptos a justificar a negativa do benefício da substituição das penas, uma vez que importam, em última análise, em ofensa indireta à Súmula 444/STJ.*

*2. Tendo o delito em questão sido cometido sem violência ou grave ameaça, fixada a reprimenda em patamar não superior a 4 (quatro) anos, bem como sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, inclusive pela primariedade do réu, é devida a substituição da pena privativa por restritiva de direitos.*

*3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 400.210/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 02/05/2018, grifei.)*

*Outrossim, "[n]os termos da jurisprudência desta Corte Superior, a prática de atos infracionais, por si só, não justifica a imposição de regime inicial mais gravoso, uma vez que não configura infração penal e, portanto, não se revela fundamento idôneo a valorar negativamente os antecedentes do acusado" (HC n. 327.766/SP, relator Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 4/4/2017, DJe 17/4/2017).*

*A propósito:*

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. TENTATIVA. CP, ART. 157, § 2.º, II, c.c 14, II. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. ATO INFRACIONAL ANTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. PENA DEFINITIVA NÃO SUPERIOR À 4 ANOS. REGIME FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS AO AGENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

*1. A prática pelo réu de ato infracional pretérito não pode ensejar a exasperação de sua pena-base, por não se enquadrar em qualquer das circunstâncias judiciais a que se refere o art. 59 do CP.*

*2. Este Superior Tribunal de Justiça, em inúmeros precedentes, assentou o entendimento de que a menção genérica à gravidade do*

*delito, afastada de um contexto que demonstre prejuízo concreto na conduta perpetrada, não serve para justificar a imposição de regime mais severo do que aquele legalmente previsto.*

*3. Hipótese em que o paciente é primário, de bons antecedentes e teve sua pena fixada no mínimo legal, sendo cabível, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, a fixação do regime aberto, mormente porque a opção pelo regime mais severo se deu, unicamente, com base na gravidade abstrata do delito.*

*4. Ordem concedida para restabelecer a r. sentença de primeiro grau, afastando a exasperação da pena-base pela prática de ato infracional, e estabelecendo o regime aberto como o inicial para o cumprimento da referida reprimenda. (HC 208.686/SP, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 28/09/2012.)*

**HABEAS CORPUS. ROUBO TENTADO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE HAVIA FIXADO O REGIME ABERTO PARA O INÍCIO DO DESCONTO DA PENA E CONCEDIDO SURSIS. ACÓRDÃO QUE ESTABELECEU O REGIME FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA, CASSANDO A SUSPENSÃO DA PENA. GRAVIDADE DO DELITO. ATO INFRACIONAL ANTERIORMENTE PRATICADO QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO NA FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORAVELMENTE VALORADAS. PENA-BASE ESTABELECIDA NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO E PARA A CASSAÇÃO DO BENEFÍCIO DO SURSIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA.**

*1. Hipótese em que o Magistrado de origem, ao condenar o paciente, fixou o regime aberto para o início do desconto da pena, concedendo-lhe, ainda, o benefício do sursis, **tendo a Corte de origem, em sede de recurso de apelação, estabelecido o regime inicialmente fechado, com base na gravidade do crime e no fato de o paciente ostentar passagem anterior pela FEBEM, cassando a suspensão a pena.***

*2. A análise das circunstâncias judiciais serve não só para a fixação da pena-base, mas também para determinação do regime de cumprimento da reprimenda privativa de liberdade imposta, sendo que, reiteradamente, este Tribunal tem considerado que sendo o réu primário e a pena fixada em seu mínimo legal, não se pode fixar regime mais rigoroso que o previsto para a sua quantidade - hipótese dos autos.*

*3. **O menor de 18 anos não comete crime, apenas ato infracional equiparado ao delito de roubo, sendo que o simples fato de o paciente ostentar passagem pela FEBEM não pode ser considerada circunstância judicial desfavorável apta a ensejar a fixação de regime prisional mais gravoso, por não configurar maus antecedentes ou reincidência.***

*[...]*

*5. Ordem concedida, ratificando liminar anteriormente deferida, para restabelecer a decisão de primeiro grau que havia fixado o*

# Superior Tribunal de Justiça

*regime inicialmente aberto para o desconto da pena e concedido ao réu o benefício do sursis. (HC 85.248/SP, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), QUINTA TURMA, julgado em 06/09/2007, DJ 08/10/2007, p. 351, grifei.)*

*Com o objetivo de esclarecer inteiramente a questão, colaciono estes ensinamentos doutrinários:*

*Afora a questão toda ligada ao princípio da presunção de inocência, na qual julgados há insistindo em considerar, indevidamente, ações penais/inquéritos policiais em curso, há outro aspecto que, nesta oportunidade, será abordado. Trata-se da questão da utilização de registros menoristas para o fim de incrementar a pena base.*

*Tem-se recorrido a tais incidências para o delineamento de personalidade voltada para o crime.*

*Num primeiro lance, é possível compreender a motivação daqueles que se servem de procedimentos apuratórios de atos infracionais para estabelecer pena base mais intensa. À luz do princípio da isonomia, de fato, fica difícil, por exemplo, aplicar a mesma pena para dois rapazes, com a mesma idade, 18 anos; um, multirreincidente em atos infracionais, e outro, que apenas debuta na ilicitude.*

*Todavia, a maioridade, como pressuposto da imputabilidade, assenta-se em uma presunção, de que é a partir dos dezoito anos que se inicia a capacidade da culpa [compreensão da (i)licitude e autodeterminação de acordo com tal entendimento]. Assim, resgatar fatos anteriores a tal marco implica subverter a lógica do sistema. Na ponderação de valores, a bem da segurança e da coerência jurídica, o princípio da igualdade cede diante do da legalidade. (MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. Responsabilidade penal: aspectos polêmicos. In Direito penal contemporâneo: questões controvertidas. Coord. Gilmar Mendes, et al. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 259/261, grifei.)*

**Em relação à detração da pena, verifica-se que, embora a sentença tenha sido proferida após o advento da Lei n. 12.736/2012, o Juízo da condenação não procedeu à aplicação o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal.**

**Outrossim, a Corte local limitou-se a reconhecer que o instituto da detração deveria ser aplicado pelo Juízo das execuções.**

**Vale ressaltar que o instituto de que trata o aludido § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não se confunde com a progressão de regime, própria da execução penal e de competência do Juízo das Execuções Criminais.**

**Pelo citado dispositivo, o julgador, no momento de proferir a sentença condenatória, para a finalidade específica de fixar o regime inicial de cumprimento da reprimenda, deverá descontar da pena definitiva o período em que o sentenciado ficou segregado provisoriamente, o que poderá ensejar a fixação de regime inicial mais brando, sem a necessidade de aferição dos requisitos objetivo e subjetivo para a progressão de regime, o que não foi realizado na hipótese.**

*Nesse sentido, os seguintes precedentes deste Superior Tribunal:*

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO EM PATAMAR AQUÉM DO MÁXIMO. FIXAÇÃO DA FRAÇÃO EM RAZÃO DA QUANTIDADE OU NATUREZA DA DROGA. POSSIBILIDADE. IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. PREVISÃO LEGAL DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF. **DETRAÇÃO PREVISTA NO ART. 387, § 2º, DO CPP. INSTITUTO DO PROCESSO DE CONHECIMENTO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL.** HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. A *detração prevista no art. 387, § 2º, do CPP, se refere à fixação de regime inicial de cumprimento de pena, a ser imposto pelo Juízo da condenação por ocasião da sentença, oportunidade na qual se computará o período em que o condenado permaneceu preso provisoriamente para fins de escolha do modo inicial de execução da sanção privativa de liberdade, por intenção e determinação do legislador (AgRg no AREsp 652.915/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 09/03/2016), não se tratando, portanto, de progressão de regime, instituto da execução da pena.*

5. Habeas corpus não conhecido, mas *ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto de cumprimento de pena e para determinar que o Tribunal de origem proceda à avaliação do pedido de detração, nos termos do 387, § 2º, do CPP. (HC 354.788/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 22/08/2016, grifei.)*

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). QUANTUM DE REDUÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DAS SUBSTÂNCIAS APREENDIDAS. PROPORCIONALIDADE. MODIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. **DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. PENA TOTAL INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. IRRELEVÂNCIA DA APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PARA ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL.** GRAVIDADE ABSTRATA E HEDIONDEZ DO DELITO UTILIZADAS PARA FIXAR REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, ALÍNEA "C", DO CP E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ART. 44 DO CP. **CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.** HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. É certo que o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal - CPP, acrescentado pela Lei n. 12.736/2012, determina que o tempo de segregação cautelar deve ser considerado na pena imposta, para o estabelecimento do regime prisional fixado pela sentença condenatória, não se confundindo com o instituto da progressão de



*regime, próprio da execução penal.*

*[...]*

*Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena e determinar ao Juízo das Execuções Criminais que aprecie, como entender de direito, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do CP. (HC 368.485/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 28/10/2016, grifei.)*

***Desse modo, se o procedimento de desconto da pena privativa de liberdade imposta ao réu, do período em que permaneceu preso provisoriamente, para o estabelecimento regime de cumprimento de pena, nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, reside no processo de conhecimento, a competência para realizá-lo é, primordialmente, do juízo do conhecimento, embora o juízo da execução possa fazê-lo em competência concorrente.***

***Ante o exposto, conheço do agravo e dou parcial provimento ao recurso especial, a fim de alterar o regime inicial para o semiaberto, até que o Tribunal de origem avalie a detração penal do período em que o agravante permaneceu preso cautelarmente.*** (DJe de 19/12/2018.)

Cientificada dessa decisão, a Corte estadual proferiu novo aresto, assim fundamentado (e-STJ fls. 141/143):

***De rigor a manutenção do regime fechado, indeferida a detração, visto que, com a devida vênia à r. decisão, foi assim imposto em virtude das circunstâncias concretas do delito, não somente com base no quantum de pena aplicado.***

*A possibilidade de se fixar regime menos gravoso exige, além da verificação do tempo de pena cumprido cautelarmente, análise de requisitos subjetivos, notadamente a conduta carcerária do sentenciado e seu comportamento, que apenas poderão ser adequadamente apreciados no âmbito da Execução Penal, nos termos do art. 66, inciso III, alínea “c”, da Lei de Execução Penal.*

*Inviável, deste modo, a aplicação do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal em sede de apelação.*

*No mais, a fixação de regime mais brando meramente ante a pena detraída, sem análise dos requisitos para progressão de regime, aludiria a uma indevida negativa de vigência do artigo 112 da Lei de Execução Penal, não revogado pela Lei nº 12.736/12.*

*Impende destacar que, além de não ser possível constatar de plano o tempo que o réu permaneceu recluso, o regime fechado foi imposto pela gravidade concreta do delito, frise-se o elevado valor dos bens subtraídos, a ousadia e o emprego de arma de fogo, além do concurso de três agentes, deixando as vítimas cuja filha de cinco anos dormia no interior veículo roubado, ainda mais vulneráveis. Não se trata, respeitado posicionamento diverso, da gravidade abstrata do delito.*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*Destarte, de um lado, sem subsídios nos presentes autos para análise da possibilidade de fixação de regime intermediário, de outro, concretos e suficientes elementos para estabelecer o regime fechado, ainda que detraída da pena final o tempo de pena cumprida cautelarmente, mantém-se o regime fechado imposto no v. acórdão, remanescendo a possibilidade de tal consideração dar-se em momento posterior, na Vara de Execuções Criminais.*

*Nesse sentido: Apelação nº 0000835-51.2016.8.26.0511, Rel. Des. Camilo Léllis, julgada em 12 de fevereiro de 2019.*

*Ante o exposto, pelo meu voto, NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso, mantendo-se, na íntegra, o v. acórdão recorrido. (Grifei.)*

De fato, verifico flagrante constrangimento ilegal no novo acórdão prolatado na apelação criminal, uma vez que, ao manter o regime fechado de cumprimento de pena, descumpriu a decisão proferida no agravo em recurso especial que havia reformado o acórdão recorrido a fim de alterar o regime inicial para o semiaberto.

No tocante à detração penal, conforme consignei na decisão proferida no mencionado agravo, formou-se consolidado entendimento desta Corte de que cabe ao órgão prolator da decisão condenatória a avaliação da possibilidade de detração da pena.

Todavia, as alterações trazidas pela Lei n. 12.736/2012 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 não o tiver feito o magistrado sentenciante. No mesmo sentido:

*DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. ELEMENTOS INERENTES AO TIPO PENAL VIOLADO. GRAVIDADE ABSTRATA. DIREITO AO REGIME MENOS SEVERO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E SÚMULA 440 DO STJ. FLAGRANTE ILEGALIDADE. DETRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.*

[...]

*4. Considerando que o juiz sentenciante não se atentou para o disposto no artigo 387, § 2.º, do Código de Processo Penal e tendo o Colegiado Estadual afastado a aplicação da norma por considerar circunstâncias subjetivas do crime, causa espécie a defesa intentar a detração neste Superior Tribunal em sede de angusta via, não se vislumbrando dos autos sequer o tempo em que os pacientes estiveram custodiados provisoriamente ou mesmo se as segregações decorreram unicamente deste processo criminal em*

**voga, agora fulminado pelo trânsito em julgado do feito, restando o exame do pleito ao juiz das execuções criminais, nos termos do disposto na Lei de Execuções Criminais.**

**5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena. (HC 351.840/SP, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 16/05/2016, grifei.)**

**CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. TENTATIVA DE ROUBO. RÉU REINCENTE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. SÚMULAS/STJ 269 E 440. AUÊNCIA DE VIOLAÇÃO. DETRAÇÃO DE REGIME. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.**

[...]

**3. 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.**

**4. 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. Tratando-se de decreto condenatório já transitado, deve o Juízo das Execuções verificar a possibilidade de fixação de regime de cumprimento da pena em regime mais brando.**

**5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções avalie a possibilidade de fixação de regime prisional menos severo, considerando o instituto da detração. (HC 353.618/SP, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 28/06/2016, grifei.)**

Em consulta ao andamento processual do AREsp n. 1.399.263/SP, verifico que foi certificado o trânsito em julgado no dia 12/2/2019, sendo os autos baixados à origem. Diante do superveniente trânsito em julgado da condenação, deve o Juízo das execuções verificar a possibilidade de detração penal com a análise de possibilidade da progressão de regime.

Por pertinente, trago à colação o trecho do parecer ministerial, com o

mesmo entendimento, *in verbis* (e-STJ fls. 155/156):

*Com efeito, observa-se do acórdão impugnado que, não obstante a Corte Superior tenha provido o recurso especial fixando o regime semiaberto, o TJSP desconsiderou referida decisão, rediscutindo matéria já transitada em julgado.*

*Confira-se:*

*[...]*

*Manifesto, portanto, o constrangimento ilegal no presente caso.*

*Verifica-se, por outro lado, que o TJSP deixou de operar a detração, conforme determina o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.*

*Com efeito, a Lei 12.736/012, que entrou em vigor em 12/2012, incluiu na redação do artigo 387, o § 2º, que assim dispõe: § 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.*

*Ocorre que, como o acórdão atacado menciona não ser possível constatar de plano o tempo em que o réu permaneceu recluso (e-STJ fl. 84), além da decisão ter transitado em julgado em 12/02/2019, a competência para realizar a detração é, de fato, do juízo da execução, e não mais do juízo da condenação.*

*[...]*

*Ante o exposto, o parecer é pela concessão parcial do writ, a fim de determinar a imediata transferência do paciente para o regime semiaberto.*

**Ante o exposto, concedo a ordem para, confirmada a liminar, fixar o regime semiaberto e determinar a imediata transferência do paciente – salvo se por outro motivo estiver descontando pena em regime mais grave –, bem como determinar ao Juízo das Execuções Criminais que avalie a possibilidade de detração penal do período em que o paciente permaneceu preso provisoriamente.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2020.

**Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
Relator