HABEAS CORPUS Nº 496.525 - SP (2019/0063022-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		FELIPE AUGUSTO PERES PENTEADO - SP273113
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	MICHEL CARLOS DE OLIVEIRA JUNIOR

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de MICHEL CARLOS DE OLIVEIRA JUNIOR contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido no julgamento da Apelação n. 0000480-03.2015.8.26.0535.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n.° 11.343/2006 (tráfico de drogas), à pena de 5 anos de reclusão, em regime fechado, mais o pagamento de 500 dias-multa .

O Tribunal *a quo* negou provimento à apelação defensiva (fls. 29/35).

No presente *writ*, a impetrante sustenta que o paciente preenche todos os requisitos exigidos para a aplicação da causa especial de diminuição de pena (art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06), bem como para a fixação de regime mais brando.

Aduz que o regime prisional foi fixado sem que fosse aplicada a regra contida no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, segundo a qual, deve ser efetuada a detração do tempo de prisão cautelar para fins de determinação do regime inicial.

Requer, assim, a aplicação da causa de diminuição prevista no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 e o abrandamento do regime inicial.

Indeferido o pedido liminar e dispensadas as informações, o Ministério Público manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (fls. 46/47).

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a

existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

No caso, policiais surpreenderam o paciente na posse de *" 111 (cento e onze) porções de cocaína, com peso de 47,1g (quarenta e sete gramas e um decigrama), 43 (quarenta e três) pedras de crack, com peso de 8,8g (oito gramas e oito decigramas), e 08 (oito) porções de maconha, com peso de 72,2g (setenta e dois gramas e dois decigramas)"* (fl. 31). O Juízo de primeiro grau, ao condená-lo por tráfico de drogas, deixou de aplicar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. O Tribunal *a quo* ratificou tal decisão, conforme se extrai dos seguintes trechos:

> *[...]*
> *Inicialmente, foi a pena-base fixada no piso legal, qual seja, 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.*
> *Na segunda fase, conquanto reconhecida a confissão espontânea, tal atenuante não possui o condão de promover a redução das penas aquém do piso legal, por expressa vedação contida na Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça.*
> ***Na derradeira etapa dosimétrica, pese a primariedade do agente, a apreensão de exacerbada quantidade e qualidade de drogas 111 (cento e onze) porções de cocaína, com peso de 47,1g (quarenta e sete gramas e um decigrama), 43 (quarenta e três) pedras de crack, com peso de 8,8g (oito gramas e oito decigramas), e 08 (oito) porções de maconha, com peso de 72,2g (setenta e dois gramas e dois decigramas) , bem como de numerário cuja origem lícita não foi comprovada R$ 484,00 , evidente que o agente se dedicava, comprovadamente, às atividades ilícitas, o que impede a aplicação da causa especial de diminuição de pena insculpida no § 4º, do artigo 33, da Lei Antidrogas.***
> *A seguir, tendo em vista o quantum de pena aplicado, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.*
> *Finalmente, correta a imposição do regime prisional fechado em caso de revogação da benesse concedida, por duas razões principais: a uma, porque foi determinada de forma precisa, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal, e a duas, porque guarda plena sintonia com a gravidade do caso concreto, perniciosidade das substâncias apreendidas, e, ainda, com as seríssimas consequências deste delito, o qual atenta contra a saúde pública e dissemina o vício, contribuindo com a degradação da pessoa, da família e do convício social.*
> *Em tempo, repise-se que a aplicação do instituto previsto no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal não se revela adequada neste momento processual, devendo ser objeto de análise na*

> *fase de execução da sentença, após o trânsito em julgado e expedição da guia de recolhimento.*
>
> *Ante o exposto, NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso, mantida, intacta, a r. sentença.* (fls. 33/35)

O acórdão impugnado está em consonância com o entendimento desta Corte de que a quantidade e a natureza da droga apreendida, especialmente quando atreladas a outras circunstâncias (forma de acondicionamento e variedade do entorpecente, local e *modus operandi* do delito, ausência de ocupação lícita do agente etc), indicam a dedicação ao tráfico de drogas, impedindo, assim, a aplicação do § 4º.

Ademais, é necessário o reexame de todo o conjunto fático-probatório para se chegar à conclusão de que o ora paciente faz jus à referida minorante, o que é vedado em *habeas corpus*.

Confiram-se, a propósito, os seguintes julgados:

> *HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. QUALIFICAÇÃO DE TESTEMUNHA MANTIDA SOB SIGILO, PERMITIDA SUA DIVULGAÇÃO APENAS AO ADVOGADO DOS ACUSADOS, JUIZ E PROMOTOR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTRAS PROVAS, COLHIDAS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PENA MAIOR QUE QUATRO ANOS. HABEAS CORPUS DENEGADO.*
>
> *[...]*
>
> *3. Inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na hipótese, na medida em que, conforme consignado pela sentença condenatória, mantida pelo acórdão de apelação impugnado, o Paciente não preenche os requisitos legais, tendo em vista se dedicar à atividade criminosa.* ***E, não é possível, na estreita via do habeas corpus, rever a conclusão exarada pela instância ordinária, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório.*** *Precedentes.*
>
> *[...]*
>
> *5. Habeas corpus denegado (HC 206.142/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 23/4/2013).*
>
> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA CAUSA DE*

DIMINUIÇÃO DA PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. (98,5 G DE COCAÍNA EM PEDRA, 19,3 G DE COCAÍNA EM PÓ E 49,5 G DE MACONHA, DEVIDAMENTE ACONDICIONADAS PARA A MERCÂNCIA). CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO (ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006). PROXIMIDADE A TRÊS ESCOLAS E UM CENTRO DE RECREAÇÃO. COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA, E QUANTIDADE DE DROGAS. 300 "PAPELOTES" PARA REVENDA DE CRACK, MACONHA E COCAÍNA EM PÓ.

1. Deve ser mantida a decisão monocrática em que não se conhece da impetração, substitutiva do recurso cabível, quando não há manifesto constrangimento ilegal à liberdade de locomoção.

2. ***A negativa de incidência da causa especial de diminuição da pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deu-se em razão da convicção do julgador, com base nas provas dos autos, de existir dedicação à atividade criminosa, de modo que, alcançar conclusão inversa, demandaria reexame fático-probatório, inviável na via eleita****.*

[...]

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 283.816/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 06/10/2016).

A quantidade e a natureza da droga demonstram, também, a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ***MAIOR GRAVIDADE DO DELITO EM RAZÃO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS.*** *112 PORÇÕES DE COCAÍNA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

[...]

- Não obstante fixação da pena-base no mínimo legal e a aplicação da reprimenda definitiva em patamar inferior a 4 anos de reclusão, a conclusão de que a substituição da pena por restritiva de direitos não se mostrava socialmente recomendável foi concretamente justificada em função do grau de reprovação da conduta do acusado, evidenciada pelo alto potencial ofensivo e a elevada quantidade de droga

apreendida - 112 (cento e doze) porções de cocaína.

- Pela mesma razão, mostra-se possível a imposição do regime inicial fechado, ainda que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, uma vez que ***o magistrado possui a discricionariedade de agravar somente o aspecto qualitativo da pena, observado o art. 42 da Lei n. 11.343/06, que prepondera sobre o art. 59 do Código Penal.***

Habeas corpus não conhecido. (HC 300.274/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 06/11/2015)

[...] TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INADEQUAÇÃO DA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CONDENAÇÃO SEM TRÂNSITO EM JULGADO. SOPESAMENTO PARA A ELEVAÇÃO DA REPRIMENDA NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444 DESTE STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

[...]

REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. *MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO.* ***ELEVADA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA****. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.*

1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.

2. ***Na espécie, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas justificam a imposição do regime prisional mais severo. Precedentes.***

3. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena-base ao mínimo legal, sem reflexo, contudo, na reprimenda final. (HC 340.991/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 08/06/2016)

Por fim, quanto à detração do tempo de prisão cautelar, é certo que o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, 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. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. ROUBO E CORRUPÇÃO DE MENORES. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. NECESSIDADE. ART. 387, § 2º, DO CPP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem, de ofício.

*II - **O tempo de prisão cautelar deve ser considerado para a determinação do regime inicial de cumprimento de pena, consoante determina o artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.736/2012. Compete, portanto, ao próprio magistrado que proferir sentença condenatória computar o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, para, então, fixar o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade.***

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida, de ofício, para determinar às instâncias ordinárias que apreciem a possibilidade de detração do tempo de prisão cautelar (HC 350.756/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 05/05/2016)

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REINCIDÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. DETRAÇÃO DE REGIME. ORDEM NÃO CONHECIDA E HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

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. Em que pese a agravante da reincidência tenha sido compensada com a atenuante da confissão espontânea na segunda fase da dosimetria da pena, tal circunstância deve ser valorada para fins de fixação de regime prisional, conforme o disposto no art. 33, § 2º, do Código Penal, sem que se possa falar em bis in idem. Ainda, estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, não se vislumbra desproporcionalidade na imposição do regime prisional semiaberto para o desconto da reprimenda, malgrado a sanção corporal seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão. Precedente.

> *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 § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não versa sobre progressão de regime prisional, instituto próprio da execução penal, mais, sim, acerca da possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado.***
>
> *4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Juízo processante avalie a possibilidade de fixação de regime prisional menos severo, considerando o instituto da detração* (HC 347.884/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 03/05/2016).

No caso dos autos, mostra-se inidônea a fundamentação utilizada pelo Juízo de primeiro grau, que deixou de efetuar a detração sob a seguinte justificativa:

> *O artigo 387, parágrafo segundo, do CPP, não pode ser visto como norma cogente, devendo ser analisado à luz da verdadeira situação trazida a julgamento. Cuida-se de crime hediondo, e fixar regime mais brando se considerado o período de custódia cautelar implicaria em desrespeito ao princípio do juiz natural e desprestígio à justiça criminal.* (fl. 28)

Contudo, conforme destacou a Corte estadual na decisão combatida, após o trânsito em julgado, cabe ao juízo das execuções a aplicação da detração penal, verificando, no caso, a possibilidade de fixação de regime prisional mais benéfico.

A propósito:

> *PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA. AUSÊNCIA DE DOLO. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DO ERRO DE TIPO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. I - 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).* ***II - 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***. *Agravo regimental desprovido.* (AgRg no REsp 1733132/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 09/05/2018).
>
> *PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA E DETRAÇÃO PENAL. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. POSSIBILIDADE. DETRAÇÃO PENAL. DETERMINAÇÃO DA VERIFICAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL AO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA IMPOSTA DEFINIDO NO HC N. 391.255/SP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. 1. O Superior Tribunal de Justiça, na linha do entendimento firmado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, na ocasião do julgamento das ADC MC/DF n. 43 e ADC MC/DF n. 44, tem admitido a execução provisória da pena, após o esgotamento do segundo grau de jurisdição. Precedente.* ***2. Esta Corte de Justiça entende que, noticiado o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das execuções verificar a possibilidade de fixação de regime de cumprimento da pena em regime mais brando, consoante os termos do art. 387, § 2º, do CPP (HC n. 395.325/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 25/5/2017).*** *3. Ademais, constata-se a existência de decisão no HC n. 391.255/SP acerca do regime inicial de cumprimento da reprimenda. 4. Ordem denegada com ressalva do entendimento pessoal do Relator.* (HC 391.812/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 14/03/2018).

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício, tão somente para determinar ao Juízo das Execuções Penais aplique o instituto da detração e analise a possibilidade de alteração do regime inicial de cumprimento de pena.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 16 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator