

HABEAS CORPUS Nº 542.256 - SP (2019/0322027-6)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : TED JUNIOR PAES DA SILVA
ADVOGADO : TED JUNIOR PAES DA SILVA - SP314729
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAURICEIA DA SILVA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de **MAURICEIA DA SILVA** contra acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que a paciente foi condenada às penas de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, como incursa nas sanções do artigo 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação ao Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao apelo, para reduzir a sanção ao patamar de **05 (cinco) anos de reclusão, em regime semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa**, nos termos do acórdão juntado às fls. 38-51, com a seguinte ementa:

"APELAÇÃO. Tráfico de drogas. Autoria e materialidade comprovadas. Condenações de ambos os réus mantidas. Penas redimensionadas. Aplicação do redutor do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006. Inviabilidade. Quantidade de droga, notícias anteriores, e antecedentes do réu E.F.R, reveladores da dedicação ao comércio de drogas. Substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Vedação legal. Regime fechado mantido para o réu. Regime intermediário concedido à ré. Recursos parcialmente providos."

No presente **writ**, o impetrante sustenta constrangimento ilegal na dosimetria da pena, sob a alegação de que não houve fundamentação idônea a justificar a não aplicação da redutora capitulada no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, vez que a paciente é primária, de bons antecedentes, bem como não há

provas de que se dedique às atividades criminosas e nem que integre organizações criminosas.

Igualmente, alega que houve afronta aos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior, ao argumento de que o regime inicial de cumprimento de pena foi fixado com base na hediondez do crime.

Por fim, aduz que o Tribunal de origem deixou de efetivar a detração da pena, de modo que, com o **cômputo do tempo da prisão preventiva e domiciliar**, a paciente teria direito à cumprir regime menos gravoso.

Requer, ao final, a concessão da ordem, para que incida o privilégio descrito no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, bem como a readequação do regime prisional, e a substituição da pena privativa de liberdade, por restritivas de direito (fls. 3-12).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 69-70).

As informações foram prestadas (fls. 86-131).

O Ministério Público Federal, às fls. 135-138, manifestou-se nos termos da seguinte ementa:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO. PRISÃO DOMICILIAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE EVIDENCIAM QUE A PACIENTE SE DEDICA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. INVIABILIDADE. REGIME SEMIABERTO. DETRAÇÃO CORRETAMENTE APLICADA. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM."

É o relatório.

Decido.

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.

Destarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

O impetrante sustenta que não houve fundamentação idônea a justificar a não aplicação da redutora capitulada no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, vez que a paciente é primária, de bons antecedentes, bem como não há provas de que se dedique às atividades criminosas e nem que integre organizações criminosas.

O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o **percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06**, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

Quanto ao **punctum saliens**, o Tribunal de origem, quando do julgamento do recurso de apelação, assim se pronunciou, **in verbis**:

"Nas etapas sucessivas, sem agravantes, atenuantes ou causas de aumento ou de diminuição, as penas são fixadas definitivamente em 05 (cinco) anos de reclusão, além de 500 (quinhentos) dias multa, no valor unitário mínimo. Não era mesmo a hipótese de concessão do redutor previsto no § 4.º do art. 33 da Lei Antidrogas, considerando-se a quantidade de droga apreendida e a anterior notícia de envolvimento da acusada, juntamente com seus familiares, no comércio de drogas."

Na espécie, ao contrário do que aduz a defesa, **houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado**, lastreada na quantidade **de entorpecentes apreendidos** (511,8 gramas de

maconha), e a anterior notícia de envolvimento da acusada, juntamente com seus familiares, no comércio de drogas, elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, pois demonstram que a paciente se dedicava às atividades criminosas.

Qualquer incursão que escape a moldura fática ora apresentada, demandaria inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes deste átrio processual, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária.

Sobre o tema, colaciono o seguinte aresto:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, C/C O ART. 40, VI, AMBOS DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADA À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL SEMIABERTO. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE A PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. NA PRESENTE VIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 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.

- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

- Na espécie, infere-se que o Tribunal de origem conferiu legalidade ao não reconhecimento do privilégio, ao fundamentar que a atividade da paciente não se esgotou no ato em que foi flagrada, destacando que, apesar da apreensão de pequena quantidade de droga, a própria acusada confessou a

dedicação ao tráfico há cerca de dois meses e o policial que participou do flagrante declarou que existem várias denúncias dando conta do envolvimento da ora paciente no comércio ilícito na localidade.

- Logo, tendo havido fundamentação concreta, pelo Tribunal local, ao não aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, concluo que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que a paciente não se dedica às atividades criminosas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do habeas corpus, de cognição sumária. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido." (HC 401.704/ES, Quinta Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 01/08/2017).

No que se refere à detração, o parágrafo 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei n. 12.736/2012, determina que o tempo de prisão cautelar deve ser considerado para a determinação do regime inicial de cumprimento de pena, vale dizer, **a detração do período de segregação cautelar deve ser considerada já no estabelecimento do regime inicial pela decisão condenatória.**

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 sentenciante não houver adotado tal providência.

Na hipótese, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado, uma vez que o Tribunal de origem, bem consignou que *"a ré MAURICEIA, permaneceu presa da conversão do flagrante em preventiva, ocorrida em 15 de agosto de 2017, até 17 de março de 2018, data da concessão de sua liberdade por força de decisão desta C. Segunda Câmara, proferida nos autos do Habeas Corpus n.º 2048091-63.2018, e dessa data até a publicação da sentença (18 de junho de 2018) permaneceu em prisão domiciliar. Esse tempo, aliado às circunstâncias judiciais favoráveis, autorizam a imposição do regime semiaberto."*

Nesse diapasão, a autoridade coatora analisou a questão do cômputo da prisão, sob o prisma da detração penal, e não da progressão de regime, em consonância com o que determina o comando normativo.

Assim, as fundamentações exaradas são adequadas ao caso concreto, de modo que, rever esse entendimento, para detrair o lapso temporal da prisão cautelar e fixar o regime aberto, demandaria revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**.

Sobre o tema, colaciono, os seguintes julgados:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DA CONDUTA. FUNDAMENTO INIDÔNEO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. SÚMULAS 440/STJ E 718 E 719/STF. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. SENTENÇA POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 12.736/2012. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...] 3. Malgrado a fixação da pena-base no mínimo legal e a primariedade do réu não conduzam, necessariamente, à fixação do regime prisional menos severo, os fundamentos genéricos utilizados no acórdão impugnado não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal).

4. Tratando-se de réu primário, ao qual foi imposta pena superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão e cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, sem que nada de concreto tenha sido consignado de modo a justificar o recrudesimento do meio prisional, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "b", e 3º, do Código Penal, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime semiaberto.

5. 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.

6. *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 sentenciante não houver adotado tal providência.*

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

8. *Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, com o fim de estabelecer o regime prisional semiaberto para o desconto da pena imposta ao paciente, bem como determinar que o Juízo das Execuções avalie a possibilidade de alteração do regime prisional, nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal."* (HC 404.837/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, DJe 21/09/2017).

"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, **Quinta Turma**, Rel. Ministro

Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 7/3/2016, grifou-se).

Por fim, em relação à prisão domiciliar, considerando que o eg. Tribunal de origem não se pronunciou sobre referida controvérsia, eis que sequer foi arguida na origem, esta Corte Superior fica impedida de se debruçar sobre a matéria, **sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.**

Perfilhando esse entendimento, trago os seguintes julgados desta Corte Superior:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. DESCRÉDITO NO SERVIÇO REGISTRÁRIO MAIOR DO QUE A LESÃO INERENTE AO FALSO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. SÚMULAS 440 E 269 DO STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...] 2. O capítulo da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito não foi devolvido para o Tribunal a quo, nem por ele apreciado. Como não há decisão de órgão colegiado, é inviável a apreciação do tema por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância e alargamento institucional da hipótese de competência do Superior Tribunal de Justiça para julgamento de habeas corpus, constante no art. 105, I, "c", da Constituição da República, que exige decisão de Tribunal.

[...] 7. Habeas corpus não conhecido." (HC 339.352/SC, Quinta Turma, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, DJe 28/08/2017).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 8 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, COMO INCURSO NO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. INTIMAÇÃO DO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DEFENSOR DATIVO INTIMADO PESSOALMENTE, VIA CARTA DE ORDEM. INTIMAÇÃO DA SENTENÇA. TEMA NÃO APRECIADO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INOVAÇÃO EM PETIÇÃO DE RECONSIDERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME

INICIAL FECHADO ESTABELECIDO COM LASTRO APENAS NA HEDIONDEZ DO DELITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. OFENSA À SÚMULA N. 440 DO STJ E ÀS SÚMULAS N. 718 E 719 DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- A matéria relativa à nulidade da intimação da sentença absolutória não foi submetida à apreciação do Tribunal a quo, o que impede o seu conhecimento por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância. Ademais, a defesa inovou o pedido inicial, quando da juntada da petição de reconsideração, alegando tema não suscitado na peça da impetração, procedimento não admitido por este Tribunal Superior. Precedentes.

[...]- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para, confirmando a liminar deferida, fixar o regime inicial semiaberto em favor do paciente." (HC 309.477/GO, Quinta Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 24/08/2017).

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**.

P. e I.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator