

HABEAS CORPUS Nº 548.966 - SP (2019/0358512-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **BENEDITO TADEU FRANCO FERREIRA**
ADVOGADO : **BENEDITO TADEU FRANCO FERREIRA - SP295622**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **LUIS GUSTAVO DA SILVA**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* (fls. 3/10) com pedido liminar impetrado em benefício de LUIS GUSTAVO DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (*Habeas Corpus* n. 2227131-68.2019.8.26.0000 - fls. 14/18).

Depreende-se dos autos que o ora paciente foi condenado em Primeiro Grau à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, além de multa, por infração ao art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006. O *decisum* singular foi mantido pela Corte de origem em sede de apelação (fl. 16).

Na sequência este Superior Tribunal de Justiça deu parcial provimento a recurso especial defensivo, para reduzir a pena corporal do paciente a 2 anos de reclusão, bem como para fixar o regime prisional semiaberto para o seu cumprimento (Resp n. 1.829.969/SP).

Após a comunicação do julgamento do recurso por esta Corte Superior, o juiz singular determinou a expedição de mandado de prisão (fl. 13) em desfavor do paciente.

Irresignada, a defesa impetrou *writ*, na Corte de origem, sustentando que o paciente já cumpriu 1 ano e 6 dias de prisão processual, de sorte que, aplicando-se, desde logo, o instituto da detração, nos termos do art. 387, § 2.º, do Código de Processo Penal, deveria ser removido para o regime aberto. A impetração foi conhecida em parte e, nessa extensão, denegada (fls. 14/18).

Superior Tribunal de Justiça

No presente *writ*, o impetrante alega que o paciente ficou preso preventivamente pelo tempo total de 1 ano e 6 dias.

Aduz que o juiz, ao proferir condenação, deverá computar para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade, o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro.

Sustenta que, tendo em vista que a pena imposta pelo STJ foi de 2 anos de reclusão, em regime semiaberto, e o paciente já cumpriu mais da metade dessa pena de forma preventiva, é certo que tem o direito a cumprir o tempo restante no regime aberto.

Acrescenta que, por não ter sido cumprido ainda o mandado de prisão expedido em desfavor do paciente e, conseqüentemente, não ter sido encaminhada a sua guia de recolhimento ao juiz da execução, a defesa ficou impedida de informar àquele juízo sobre o direito do paciente.

Ao final, requer, liminarmente, seja expedido salvo conduto. No mérito, pede que seja detraído da pena definitiva imposta pelo STJ ao paciente o tempo de prisão cautelar, readequando-se o seu regime prisional inicial para a modalidade aberta.

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os

seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014; STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 4ª Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora o impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Busca-se, na presente oportunidade, liminarmente, que o paciente receba salvo conduto até o julgamento definitivo da ordem. No mérito, requer-se a readequação do seu regime prisional inicial para a modalidade aberta, em virtude da detração do tempo de prisão cautelar.

Acerca do rito a ser adotado para o julgamento desta impetração, as disposições previstas nos arts. 64, inciso III, e 202, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, não afastam do relator a faculdade de decidir liminarmente, em sede de *habeas corpus* e de recurso em *habeas corpus*, a pretensão que se conforme com súmula ou com a jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores ou a contrarie (AgRg no HC 513.993/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 25/6/2019, DJe 1/7/2019; AgRg no HC 475.293/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 3/12/2018; AgRg no HC 499.838/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 11/4/2019, DJe 22/4/2019; AgRg no HC 426.703/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 18/10/2018, DJe 23/10/2018 e AgRg no RHC 37.622/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 6/6/2013, DJe 14/6/2013).

Nesse diapasão, *uma vez verificado que as matérias trazidas a debate por meio do habeas corpus constituem objeto de jurisprudência*

consolidada neste Superior Tribunal, não há nenhum óbice a que o Relator conceda a ordem liminarmente, sobretudo ante a evidência de manifesto e grave constrangimento ilegal a que estava sendo submetido o paciente, pois a concessão liminar da ordem de habeas corpus apenas consagra a exigência de racionalização do processo decisório e de efetivação do próprio princípio constitucional da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, o qual foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela EC n. 45/2004 com status de princípio fundamental (AgRg no HC 268.099/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 2/5/2013, DJe 13/5/2013).

Na verdade, a ciência posterior do Parquet longe de suplantar sua prerrogativa institucional, homenageia o princípio da celeridade processual e inviabiliza a tramitação de ações cujo desfecho, em princípio, já é conhecido (EDcl no AgRg no HC 324.401/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 2/2/2016, DJe 23/2/2016).

Em suma, para conferir maior celeridade aos habeas corpus e garantir a efetividade das decisões judiciais que versam sobre o direito de locomoção, bem como por se tratar de medida necessária para assegurar a viabilidade dos trabalhos das Turmas que compõem a Terceira Seção, a jurisprudência desta Corte admite o julgamento monocrático do writ antes da ouvida do Parquet em casos de jurisprudência pacífica (AgRg no HC 514.048/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 6/8/2019, DJe 13/8/2019).

Possível, assim, a análise do mérito da impetração, já nesta oportunidade.

Em consulta, no sítio eletrônico deste Superior Tribunal, à decisão proferida no Resp 1.829.969/SP, verifica-se que há motivação para a manutenção do regime prisional inicial semiaberto, independentemente da detração do tempo que o paciente cumpriu de prisão cautelar.

Veja-se:

"O Tribunal a quo, mantendo tal entendimento, consignou (e-STJ fls. 235):

Com efeito. "Na primeira fase da dosimetria, observado o disposto nos artigos 59 e 60 do Código Penal c.c. o artigo 42 da Lei n. 11.343/06, sendo as circunstâncias desfavoráveis, a pena base foi fixada em 1/5 (um quinto) acima do mínimo, considerando-se a grande quantidade e variedade de drogas apreendidas. Na segunda fase, não há circunstâncias a serem consideradas. Na terceira fase, presente o privilégio elencado no art. 33, § 4.º da Lei 11.343/06, vez que se trata de réu primário, com bons antecedentes e que não se dedica a atividades criminosas, nem integra organização criminosa, o D. Juiz sentenciante entendeu como suficiente a redução da pena em 1/6 (um sexto), perfazendo a pena final de 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa no piso unitário legal, o que deve permanecer irretocável. Observe-se que as circunstâncias do caso não condizem com a aplicação da fração máxima de 2/3 (dois terços) para a diminuição supracitada, como pleiteia a D. Defesa', bem discorre a ilustrada Procuradoria Geral de Justiça, em judicioso parecer (fls. 227 a 228). (grifos nossos)

Ora, para a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o acusado 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 em concreto. O legislador, entretanto, não definiu os critérios a serem adotados pelo magistrado para a escolha do percentual de redução da pena.

No presente caso, pela leitura dos trechos acima transcritos, observa-se que, embora tenha sido reconhecido o preenchimento dos requisitos do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, o Tribunal a quo aplicou o patamar de redução em 1/6, sem qualquer indicação dos motivos de sua opção.

Ocorre que a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que, para a aplicação da minorante do tráfico privilegiado em patamar diverso de 2/3, é necessária a presença de fundamentação concreta, a qual não se verifica na hipótese.

A propósito, os seguintes precedentes:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. FRAÇÃO DE 1/2. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS CONCRETOS. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. NECESSIDADE. PATAMAR MÁXIMO. PLEITO PARA O RECONHECIMENTO DA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. VALORAÇÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGAS NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASES DE DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. NE BIS IN IDEM. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE RECURSO COM EFEITO SUSPENSIVO. SÚMULA 267/STJ. APLICAÇÃO. DEFERIMENTO.

1. Não sendo indicado fundamento concreto para justificar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no patamar de 1/2, deve ser aplicada a fração máxima.

[...]

3. Agravo regimental improvido, determinando-se a execução provisória da pena. (AgRg no AREsp 840.974/GO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 2/2/2017);

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. As instâncias de origem não lograram fundamentar de maneira idônea a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no percentual de 1/6, porquanto não declinaram motivação suficiente para a fixação do referido redutor em seu patamar mínimo, sendo imperiosa a aplicação da minorante no quantum de 2/3, redimensionando-se a pena para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, e aplicada a causa especial de

diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em patamar máximo, sendo a reprimenda final 1 ano e 8 meses de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 33, § 2º, c, e 44 e incisos, ambos do Código Penal.

3. Ordem concedida a fim de reduzir a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto, possibilitando, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções (HC 393.385/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017).

Assim, na ausência de motivação válida para se negar a benesse em comento no patamar máximo, e certificada a primariedade, os bons antecedentes, bem como pelo reconhecimento pelas instâncias de origem da falta de elementos que indiquem a habitualidade delitiva dos recorrentes, a minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas deve ser aplicada no patamar de 2/3, que, mantidos os critérios da Corte de origem, resulta em uma pena definitiva de 2 anos de reclusão e 200 dias-multa.

No que tange ao regime de cumprimento de pena, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a quantidade e qualidade da droga apreendida podem ser utilizadas como fundamento para a determinação da fração de redução da pena com base no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, a fixação do regime mais gravoso e a vedação à substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos. Precedentes: AgRg no AREsp 867.211/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016; AgRg no AREsp 643.452/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 16/06/2016, DJe 22/06/2016; AgRg no AREsp 602.153/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 26/04/2016, DJe 06/05/2016.

No presente caso, em atenção ao art. 33, § 2º, alínea "c", do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, embora estabelecida a pena definitiva menor que 4 anos, sendo primário o acusado e sem antecedentes, a quantidade, a variedade e a qualidade de entorpecente apreendido – 19 porções de cocaína pesando 16,83 g, 59 porções de crack pesando 5,84 g e 29 porções de

maconha pesando 73,37 g –, justificam a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso, o semiaberto, e a impossibilidade da substituição da pena.

Como se percebe, a pena-base do paciente foi exasperada, em 1/5 sobre o mínimo legal, com fundamento no desfavorecimento do vetor da quantidade e variedade das drogas apreendidas.

Ora a existência de circunstância judicial desfavorável, no caso, em que a pena definitiva já foi fixada em *quantum* inferior a 4 anos de reclusão, autoriza a manutenção do regime prisional inicial semiaberto, ainda que se procedesse à detração do tempo de prisão cautelar, nos termos do disposto no art. 387, § 2.º, do Código de Processo Penal.

Sendo assim, não há ilegalidade flagrante a coartar na determinação de que o paciente seja recolhido para iniciar o desconto da sua reprimenda no referido regime.

No mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO. DETRAÇÃO PENAL. TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. IRRELEVÂNCIA. REGIME INICIAL FIXADO COM FUNDAMENTO NA QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 33, § § 2º E 3º DO CÓDIGO PENAL - CP E 42 DA LEI N. 11.343/06. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. 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.

2. Embora o Tribunal de origem tenha deixado de aplicar o benefício do disposto no art. 387, § 2º, do CPP, invocando motivos relacionados à progressão de regime, inexistente flagrante ilegalidade apta a ensejar a concessão da ordem, pois conforme se observa, ainda que descontado o período de prisão cautelar da pena privativa de liberdade imposta ao

paciente, não haveria alteração do regime semiaberto estabelecido na apelação, tendo em vista que a pena fixada é inferior a 4 anos de reclusão e o regime mais rigoroso foi fundamentado pelo Tribunal a quo na quantidade, variedade e natureza dos entorpecentes apreendidos, em conformidade com os arts. 33, § § 2º e 3º do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/06.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 498.570/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 6/6/2019, DJe 21/6/2019)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. FURTO SIMPLES. MAUS ANTECEDENTES. UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES EM QUE O CUMPRIMENTO OU EXTINÇÃO DA PENA OCORRERAM HÁ MAIS DE CINCO ANOS. POSSIBILIDADE. NÃO APLICAÇÃO DO PERÍODO DEPURADOR DO ART. 64, I, DO CP. INCIDÊNCIA DO PRIVILÉGIO PREVISTO NO § 2º DO ART. 155 DO CP. VIABILIDADE. RÉU PRIMÁRIO. RES FURTIVAE AVALIADA EM MENOS DE UM SALÁRIO DO MÍNIMO. RECONHECIMENTO DA TENTATIVA. NÃO CABIMENTO. TEORIA DA AMOTIO. MERA INVERSÃO DA POSSE CONFIGURADA NA ESPÉCIE. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME SEMIABERTO CABÍVEL. PLEITO DE DETRAÇÃO. INVIABILIDADE. REGIME MAIS GRAVE BASEADO NA VETORIAL VALORADA NEGATIVAMENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MAUS ANTECEDENTES. ART. 44, III, DO CP. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

7. No caso, mostra-se irrelevante a detração do período de prisão cautelar, nos termos do art. 387, § 2º, do CPP, considerando que o meio prisional intermediário foi estabelecido em virtude da valoração negativa de circunstância judicial.

[...]

9. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena do paciente, reconhecendo a incidência do privilégio do art. 155, § 2º, do Código Penal e fixando o regime

inicial semiaberto, mantendo-se, no mais, o teor do acórdão impugnado. (HC 495.846/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 4/6/2019, DJe 11/6/2019)

HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. DETRAÇÃO (ART. 387, § 2.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). MATÉRIA NÃO SUSCITADA PERANTE A CORTE A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REINCIDÊNCIA. FATOR DETERMINANTE PARA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. A tese relativa à aplicação do instituto da detração não foi suscitada perante o Tribunal a quo, o que impede a sua apreciação diretamente por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Ainda que assim não fosse, não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida de ofício, pois a fixação o regime inicial semiaberto não decorre do quantum da pena imposta, mas da presença da reincidência, razão pela qual eventual detração do período de prisão provisória não terá o condão de afetar o regime prisional inicial.

[...]

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 480.651/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 26/3/2019, DJe 10/04/2019)

Em consequência, as pretensões formuladas pelo impetrante encontram óbice na jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, com base no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do STJ, **não conheço** do *habeas corpus*.

Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator