HABEAS CORPUS Nº 494.693 - SP (2019/0051444-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	ARMANDO ZAVITOSKI JUNIOR
ADVOGADO	:	ARMANDO ZAVITOSKI JUNIOR - SP259782
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	FABIANO ALBARICCI

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial com pedido liminar impetrado em favor de FABIANO ALBARICCI contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos Embargos de Declaração na Apelação Criminal n. 0003108-15.2013.8.26.034750000.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, pela prática do crime descrito no art. 180, § 1°, do Código Penal, às penas de 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão, em regime inicial semiaberto, e de 13 (treze) dias-multa, substituída a sanção corporal por duas restritivas de direitos, porque recebeu, ocultou e manteve em depósito, no exercício de atividade comercial, 58.000 (cinquenta e oito mil) litros de óleo diesel e dois pneus, produtos de crime – e-STJ fls. 461-462.

Inconformados, o Ministério Público e a defesa interpuseram apelações. A Corte estadual deu provimento ao recurso ministerial para afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e negou provimento ao apelo do réu determinando a imediata execução da pena (e-STJ fls. 19-31).

Os embargos de declaração opostos pela defesa foram rejeitados (e-STJ fls. 15-18).

No presente *writ*, a parte impetrante alega, em síntese, que o paciente já havia permanecido preso preventivamente por 43 (quarenta e três) dias em regime fechado e cumprido as medidas cautelares impostas por 2 (dois) anos e 40 (quarenta) dias, mas o Juízo singular deixou de aplicar o instituto da detração penal, nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Afirma que as medidas cautelares que implicaram privação de liberdade devem ensejar o abatimento do tempo de pena de prisão imposta ao condenado e salienta que *"o recolhimento noturno e dias de folga deve ser considerado no computo da pena privativa de liberdade, por implicar inquestionável, em verdadeira privação de liberdade do acusado"* (e-STJ fl. 10).

Requer, ao final, a concessão da ordem de *habeas corpus* para que sejam detraídos da pena imposta o período de recolhimento cautelar em regime fechado e o de cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão, com o consequente redimensionamento da pena, alteração do regime inicial, substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos, bem como a revogação da determinação de início da execução provisória da pena.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 455-456).

As informações foram prestadas (e-STJ fls. 460-489).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* (e-STJ fls. 491-496).

É o relatório.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 44417ADA-41C6-4AEA-A59D-A7AF26670A2B

contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do art. 105, inciso III, da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Infere-se dos autos que o mérito da matéria tratada nos presentes autos não foi analisada no HC n. 445.833/SP, que transitou em julgado nesta Corte em 7/3/2019, de forma que não há óbice ao presente exame, pois não se trata de reiteração de pedido já julgado.

No que se refere ao tema objeto de insurgência, constata-se que, ao julgar os embargos de declaração na apelação criminal, o Tribunal de origem deixou de aplicar a detração, com amparo nos seguintes fundamentos (e-STJ fls. 479-480):

> *Quanto ao pedido apresentado pelo embargante Fabiano, por sua vez, é descabido. De acordo com o § 2º do art. 387, do Código de Processo Penal, "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".*
> *Tal dispositivo em nada se refere à situação do embargante. Não trata da substituição da pena corporal, nem menciona medidas cautelares diversas da prisão.*
> *Não há, portanto, omissão, obscuridade ou contradição a ser sanada. O acórdão não se pronuncia a seu respeito, pois ele não é pertinente ao caso.*
> ***Ademais, fosse hipótese de detração, a despeito da redação do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, modificada pela Lei 12.736/12, não faria jus o embargante à imposição, diretamente pela r. sentença de primeiro grau ou pelo acórdão que julgou a apelação, de regime mais brando, pois ausentes elementos suficientes nos autos para sua concessão***.
> *Para tal fim, impõe-se a análise da presença de todos os requisitos exigidos para a progressão de regime, notadamente o subjetivo, devendo, por isso, ser analisado apenas pelo Juízo das Execuções Criminais, responsável por dirigir e fiscalizar o cumprimento da pena* (sem grifos no original).

Como se percebe, o acórdão impugnado não se mostra desarrazoado ou ilegal. Esta Corte de Justiça firmou o entendimento de que não é possível a detração do período em que o sentenciado submeteu-se a medidas cautelares diversas da prisão na pena privativa de liberdade, em razão da ausência de previsão legal.

Nesse sentido:

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 44417ADA-41C6-4AEA-A59D-A7AF26670A2B

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO MAJORADO. REGIME SEMIABERTO. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. DETRAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N.º 211/STJ. MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DA PRISÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA A DETRAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
1. O condenado não reincidente cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito) anos deve iniciar o cumprimento da reclusão no regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2.º, alínea b, do Código Penal.
2. O mérito do pedido de detração não foi efetivamente discutido pela Corte de origem, estando ausente o indispensável prequestionamento do tema. Incidência da Súmula n.º 211/STJ.
3. Não é possível a detração, na pena privativa de liberdade, do tempo em que o Réu foi submetido a medida cautelar diversa da prisão, em razão da ausência de previsão legal. Precedentes.
4. Agravo regimental desprovido.
(AgRg no AREsp 1406675/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 28/05/2019, DJe 05/06/2019.)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS. REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. CUMPRIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DA PRISÃO. PEDIDO DE DETRAÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ART. 42 DO CP. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. 1. Segundo orientação desta Corte, descabe detrair das penas o período de cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão, em especial a medida consistente no comparecimento periódico em Juízo, porquanto o art. 42 do Código Penal não prevê a aplicabilidade do benefício a essas hipóteses. Precedentes.
2. Agravo regimental improvido.
(AgRg no REsp 1737976/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 04/02/2019.)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SIMILITUDE FÁTICA NÃO COMPROVADA. DETRAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DA PRISÃO. EXTINÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE.
AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.
1. Inviável o recurso especial pela alínea 'c' do permissivo constitucional, pois não comprovada a similitude fática entre o aresto recorrido e os trazidos à colação, nos termos dos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil - CPC e 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça - RISTJ.
2. Correto o v.aresto recorrido que entendeu pela impossibilidade da extinção da pena sob o argumento de que as medidas cautelares diversas da prisão não se confundem com a prisão provisória, não cabendo a detração. Incidente o enunciado n. 83 da Súmula do STJ.
3. Agravo interno desprovido.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 44417ADA-41C6-4AEA-A59D-A7AF26670A2B

> (AgInt no REsp 1575281/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 12/09/2018.)

De outro lado, quanto ao pedido de detração do período de prisão preventiva, o qual a defesa afirma ter sido de 43 (quarenta e três) dias, na pena privativa de liberdade do réu, constata-se que o presente *habeas corpus* não se encontra acompanhado dos documentos necessários para o deslinde da questão, notadamente da decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva, de eventual decisão que concedeu liberdade provisória e da sentença condenatória, o que impede o exame do eventual constrangimento ilegal sofrido.

Como é cediço, o procedimento do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca e tempestiva, por meio de documentação que evidencie a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal.

Nessa direção, orienta-se a jurisprudência pacífica colenda Corte Superior de Justiça:

> *PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO E TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ACESSO ÀS MENSAGENS DE TEXTO VIA WHATSAPP AUTORIZADA PELO PROPRIETÁRIO DO APARELHO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. RECURSO EM HABEAS CORPUS NÃO PROVIDO.*
> [...]
> *4. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que, em sede de habeas corpus, a prova deve ser pré-constituída e incontroversa, cabendo ao impetrante apresentar documentos suficientes à análise de eventual ilegalidade flagrante no ato atacado, o que não se verifica na espécie.*
> *5. Recurso em habeas corpus não provido.*
> (RHC 81.297/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 05/05/2017.)
>
> *AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. FURTO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. DEFICIÊNCIA NA INSTRUÇÃO QUE IMPOSSIBILITA A ANÁLISE DO PEDIDO. AGRAVO NÃO PROVIDO.*
> *1. Ação constitucional de natureza mandamental, o habeas corpus tem como escopo precípuo afastar eventual ameaça ao direito de ir e vir, cuja natureza urgente exige prova pré-constituída das alegações, não comportando dilação probatória. Ausente a sentença que se pretende a reforma, inviável o exame do alegado constrangimento ilegal.*
> *2. Agravo regimental não provido.*
> (AgRg no HC 380.235/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/04/2017, DJe 20/04/2017.)

Em outra vertente, verifica-se que o início do cumprimento da reprimenda

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 44417ADA-41C6-4AEA-A59D-A7AF26670A2B

pelo paciente foi determinado pelo Tribunal de origem com fulcro, exclusivamente, no julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 126.292/SP (e-STJ fl. 30).

Contudo, em 7/11/2019, esse entendimento foi superado pelo próprio Pretório Excelso no julgamento definitivo das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, em que houve a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal e a fixação do entendimento de que a execução da pena privativa de liberdade só poderá ser iniciada após o trânsito em julgado da condenação.

No caso, conforme informações trazidas aos autos pela autoridade impetrada, encontra-se pendente de apreciação pelo Poder Judiciário o recurso especial interposto pela defesa, não existindo nenhum outro fundamento para a custódia antecipada do réu (e-STJ fls. 461-462).

Em casos similares, o Superior Tribunal de Justiça, em decisões monocráticas, tem ajustado seu entendimento ao novo posicionamento firmado pela Corte Suprema. Ilustrativamente:

> *PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. EXECUÇÃO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO MAIS ATUAL DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.*
> [...]
> *De fato, em julgamento realizado no dia 7/11/2019, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, n. 44 e n. 54, por maioria, decidiu que é constitucional a regra do Código de Processo Penal que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado da condenação) para o início do cumprimento da pena.*
> *Em face do exposto, concedo liminarmente a ordem para assegurar ao paciente o direito de aguardar o trânsito em julgado da condenação em liberdade, salvo prisão por outro motivo, podendo o Magistrado singular, desde que existam elementos concretos para tanto, decretar a prisão preventiva, fundamentadamente".*
> (HC 545.272/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, julgado em 11/11/2019, DJe 12/11/2019.)

Na mesma esteira, colhem-se as decisões proferidas no REsp n. 1.843.197/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, julgado em 12/11/2019, DJe 19/11/2019; HC n. 546.090/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, julgado em 18/11/2019, DJe 19/11/2019; HC n. 545.829/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, julgado em 12/11/2019, DJe 19/11/2019; e HC n. 545.648/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 12/11/2019, DJe 19/11/2019.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do *writ*, **concedendo-se**, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para garantir ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, sem prejuízo de que nova prisão seja ordenada por fatos supervenientes que demonstrem a necessidade da medida ou da fixação de medidas cautelares diversas da prisão, desde que de forma fundamentada.

Publique-se. Intimem-se.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 44417ADA-41C6-4AEA-A59D-A7AF26670A2B

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 44417ADA-41C6-4AEA-A59D-A7AF26670A2B