HABEAS CORPUS Nº 529.478 - SP (2019/0253937-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	ANTÔNIO MILHIM DAVID E OUTRO
ADVOGADOS	:	ANTÔNIO MILHIM DAVID - SP028259 MELISSA DE CASTRO VILELA CARVALHO DA SILVEIRA - SP259231
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	DENER EDUARDO RANGEL CARVALHO (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de DENER EDUARDO RANGEL CARVALHO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0001272-95.2017.8.26.0434.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pelo delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Inconformada, a defesa do paciente apelou e o Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso para aplicar o redutor do tráfico privilegiado na fração de 1/6, e com isso, reduzir a pena do paciente para 4 anos e 2 meses de reclusão, mantido o regime fechado, e 416 dias-multa (e-STJ, fls. 28/33), por acórdão assim ementado:

> *Apelação TRÁFICO DE DROGAS - Conjunto probatório robusto para responsabilizar o acusado pelo crime imputado - Depoimento seguro do policial, corroborando a apreensão da droga, informações veladas dando conta do transporte ilícito e delação do corréu Penas Redução Possibilidade - Regime prisional incensurável PARCIAL PROVIMENTO.*

No presente *mandamus* (e-STJ, fls. 3/27), do que se pode depreender da inicial, a defesa sustenta que o Tribunal *a quo* impôs constrangimento ilegal ao paciente, ao fixar o regime inicial mais gravoso.

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: B5EED95D-60B0-46C0-9F7C-ADE1DC13FA04

Aponta, ademais, que o paciente faz jus à detração da pena, tendo em vista o cumprimento de 24 meses de prisão preventiva.

Dessa forma, pede, liminarmente, a libertação imediata do paciente, e no mérito, a detração do período de prisão provisória, com a fixação de regime inicial aberto.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ, fls. 71/73).

O Ministério Público Federal opinou, às e-STJ, fls. 110/115, pela denegação da ordem, na forma da seguinte ementa:

> *HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. PENA ENTRE 4 E 8 ANOS DE RECLUSÃO. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. INCOMPATIBILIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO BASEADO EM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. IRRELEVÂNCIA DO EVENTUAL APROVEITAMENTO DO TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA PARA A MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.*
>
> *PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.*

É o relatório. **Decido**.

Inicialmente, cumpre analisar a adequação da via eleita para a manifestação da irresignação contra o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

No caso, a impetração insurge-se contra acórdão do Tribunal de origem que julgou o apelo defensivo, o que, de acordo com a nossa sistemática recursal, enseja a hipótese do recurso especial.

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: B5EED95D-60B0-46C0-9F7C-ADE1DC13FA04

Dessa forma, o *habeas corpus* em tela não merece conhecimento.

Contudo, a coação ilegal apontada na inicial será analisada, a fim de verificar a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça.

Busca-se, na presente impetração, o reconhecimento da ilegalidade na fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda.

Sabe-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

> *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.*

Nesse mesmo sentido, as Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis*:

> *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.*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: B5EED95D-60B0-46C0-9F7C-ADE1DC13FA04

No caso, embora a pena do paciente tenha sido fixada em 4 anos e 2 meses de reclusão, a Corte local considerou a gravidade concreta da conduta, consubstanciada na natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos - 53,85g de crack - para modular o redutor do tráfico privilegiado e justificar a escolha do regime fechado.

Dessa forma, em se tratando de condenação que excede 4 anos de reclusão, não há impedimento para a fixação do regime fechado, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006, apesar de o recorrente ser primário e a pena-base ter sido fixada no mínimo legal.

Nesse sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECISÃO MONOCRÁTICA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA. REGIME FECHADO. ADEQUADO. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PRECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO RECOMENDADA. AUSÊNCIA DE REQUISITO, ART. 44, III, CÓDIGO PENAL. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> *I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.*
>
> *II - A despeito da primariedade da paciente e da fixação da pena-base no mínimo legal, a quantidade, a natureza e a diversidade dos entorpecentes movimentados pela associação criminosa - 126,39 gramas de maconha, 55,15 gramas de cocaína e 52,8 gramas de crack (fls. 27-28) - recomendam a estipulação de regime inicial fechado, o que está em consonância com o entendimento desta Corte, ex vi do art. 33, § 2º, a, e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/2006.*
>
> *III - Esta Corte Superior de Justiça tem decidido que a quantidade e a natureza da droga apreendida podem, associadas aos demais elementos constantes do processo, interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.*
>
> *Agravo regimental desprovido.* (AgRg no HC 520.085/SP, Rel.

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: B5EED95D-60B0-46C0-9F7C-ADE1DC13FA04

Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 29/10/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA IGUAL A 8 ANOS. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E LESIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - Sedimentou-se, ainda, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º, do Código Penal em conjunto com o art. 42 da Lei 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

III - No caso dos autos, não evidencio ilegalidade na imposição do regime fechado pelas instâncias ordinárias, que se basearam na gravidade concreta do delito, ou seja, perniciosidade do entorpecente apreendido (natureza da droga apreendida - 400g cocaína, além de balança de precisão e traficância habitual). Assim, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legalmente estabelecido, o paciente seja primário e o quantum de pena pelo concurso material entre os delitos de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo (8 anos de reclusão) permitam, em tese, a fixação do regime semiaberto, a quantidade e a natureza de droga apreendida, justificam a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o fechado, de acordo com o disposto no art. 33, §§ 2º, 'c' e 3º, do Código Penal c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/06. Inaplicáveis, portanto, os enunciados n. 440/STJ e n. 718/STF.

IV - Ressalto que, mesmo nas hipóteses de pena-base no mínimo legal, é possível agravar somente o aspecto qualitativo da reprimenda (regime) para se chegar a uma resposta suficiente à reprovação e à prevenção do delito.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 506.372/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2019, DJe 25/06/2019)

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: B5EED95D-60B0-46C0-9F7C-ADE1DC13FA04

No que se refere ao pedido de detração, verifico que não há nestes autos elementos suficientes à aplicação do disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal por esta Corte, nesta oportunidade, tendo em vista a ausência de documentação que comprove o período no qual o paciente permaneceu custodiado preventivamente.

Ademais, segundo informações prestadas pelo Tribunal local, a pena já está sendo executada e o paciente já foi promovido ao regime intermediário, de forma que eventual pedido de detração da pena deve ser endereçado ao Juízo das Execuções, como inclusive, determinado pelo acórdão ora impugnado.

Este é o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça acerca do tema:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO E CORRUPÇÃO DE MENOR. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO DO QUE O LEGALMENTE PERMITIDO. ALEGADA VIOLAÇÃO À SÚMULA N.º 440/STJ. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MODUS OPERANDI QUE DEMONSTRA MAIOR REPROVABILIDADE.* ***NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO CRITÉRIO TRAZIDO PELO § 2.º DO ART. 387 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ACRESCENTADO PELA LEI N.º 12.736/12.*** *RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ORIENTAÇÃO FIRMADA NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA N.º 1.117.073/PR. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.*
>
> *2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: B5EED95D-60B0-46C0-9F7C-ADE1DC13FA04

do Superior Tribunal de Justiça também nos casos de utilização do habeas corpus em substituição ao recurso especial, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. O fato da especial reprovabilidade do crime não ter sido utilizada para a exasperação da pena-base demonstra tão-somente a benevolência das instâncias ordinárias, não conduzindo à inferência de que há violação ao enunciado da Súmula n.º 440/STJ, uma vez que o regime fechado foi estabelecido por conta da gravidade concreta do crime.

4. ***Contudo, o estabelecimento do regime prisional deve observar os termos do § 2.º do art. 387 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n.º 12.736/12, segundo o qual "[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".***

5. Conforme entendimento sedimentado na Súmula n.º 611, do Supremo Tribunal Federal, transitada em julgado a condenação, cabe ao Juízo das Execuções proceder à fixação do regime prisional adequado.

6. "É firme o entendimento que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo estabelecido em lei, conforme disposto na Súmula n.º 231 desta Corte Superior." (REsp 1.117.073/PR, 3.ª Seção, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJU de 29/06/2012; sem grifos no original.)

7. Habeas corpus não conhecido. ***Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções examine, com base no § 2.º do art. 387 do Código de Processo Penal, se o tempo de prisão cautelar do Paciente permite, na hipótese, a fixação de regime mais brando*** *(HC n. 286824/SP, Relatora Min Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 27/05/2014).*

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 ESTABELECIDA 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.

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: B5EED95D-60B0-46C0-9F7C-ADE1DC13FA04

> *[...]*
>
> *- 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, de minha relatoria, Quinta Turma, DJe 7/3/2016).

Ante o exposto, com base no art. 34, XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício para determinar que o Juízo das Execuções Penais considere a possibilidade da detração.

Intimem-se.

Brasília/DF, 1º de abril de 2020.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: B5EED95D-60B0-46C0-9F7C-ADE1DC13FA04