



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 375.694 - SP (2016/0277496-5)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOAO FINKLER FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFFERSON SOUSA DA SILVA
PACIENTE : KENNEDY ANDERSON QUARESMA SILVA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL. GRAVIDADE ABSTRATA E HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, ALÍNEA "C", e § 3º, DO CÓDIGO PENAL E DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. PENA TOTAL INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. IRRELEVÂNCIA DA APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PARA ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional, nesses casos, deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal – CP.

Firmou-se nesta Corte a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP ou em outra situação que demonstre efetivamente um *plus* na gravidade do delito.

No caso dos autos, ainda que as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e os pacientes sejam primários, a natureza da droga apreendida – *45 porções de cocaína, pesando 13,10g* – foi utilizada na terceira fase da dosimetria, para modular a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, restando justificada a segregação inicial em regime mais gravoso. Todavia, considerando o *quantum* da pena aplicada – 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão –, o regime mais adequado na hipótese é o semiaberto, consoante disciplina



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o art. 33, § 2º, "b", do CP.

3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 97.256/RS declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Com efeito, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do CP, os condenados por tráfico de drogas podem se beneficiar da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O Tribunal de origem, após estabelecer a reprimenda dos pacientes em 2 anos e 6 meses de reclusão, entendeu insuficiente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão das circunstâncias do caso concreto, sobretudo se considerada a natureza da substância apreendida *cocaína*, o que não destoa da jurisprudência desta Corte Superior.

4. É certo que 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.

Inexiste ilegalidade apta a ensejar a concessão da ordem no tocante à detração do tempo de prisão cautelar para fins de fixar o regime prisional, uma vez que os pacientes foram condenados a uma pena inferior a 4 (quatro) anos, não havendo, desse modo, possibilidade de alteração do regime inicial fixado em razão do *quantum* de pena aplicado.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 375.694 - SP (2016/0277496-5)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOAO FINKLER FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFFERSON SOUSA DA SILVA
PACIENTE : KENNEDY ANDERSON QUARESMA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de JEFFERSON SOUSA DA SILVA e KENNEDY ANDERSON QUARESMA SILVA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0003039-10.2015.8.26.0477).

Os pacientes foram condenados pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de entorpecentes) à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão em regime inicialmente fechado.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual proveu parcialmente o recurso para reduzir as sanções impostas para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mantido o regime inicial fechado. O aresto está acostado às fls. 181/212.

No presente *mandamus*, alega que o regime inicial fechado fora fixado exclusivamente em razão da hediondez do delito, providência vedada pela jurisprudência pacífica desta Corte Superior.

Sustenta, também, que tanto o Magistrado sentenciante quanto o Tribunal *a quo*, ao tratarem do regime inicial para cumprimento da reprimenda, deixaram de promover a detração do período de prisão cautelar, nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Desse modo, requer a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 292/293).

Informações prestadas (fls. 304/349).

O Ministério Público Federal opinou [...] *pela concessão da ordem de ofício para que o Tribunal a quo proceda à nova fixação do regime inicial de cumprimento da pena, com estrita observância às regras do artigo 33 do CP, afastada*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a gravidade abstrata do delito (Lei 8.072/90, artigo 2º, § 1º, na redação da Lei 11.464/07), e do artigo 387, § 2º, do CPP, bem como examine a possibilidade da substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos, à luz do artigo 44 do CP, excluída a vedação legal dos artigos 33, § 4º, parte final, e 44, parte final, da Lei 11.343/06 (fls. 353/358).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 375.694 - SP (2016/0277496-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a fixação do regime inicial aberto para cumprimento da pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Sustenta, ainda, que o Juízo de primeiro grau deveria ter efetuado a detração do tempo de prisão cautelar para fixar o regime prisional, nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

O Tribunal de Justiça estadual, ao retificar o decreto condenatório, aplicou a pena e fixou o regime prisional sob a seguinte fundamentação:

[...]

Contudo, em relação às reprimendas impostas, a r. sentença demanda reparo.

Inicialmente, a pena base foi fixada no patamar mínimo legal e, ao final, com fundamento no artigo 33, §4º, da Lei de Tóxicos, reduzida em seu mínimo legal.

Insta salientar que, segundo entendimento desta Colenda Câmara, a dosagem do índice de redução derivada dessa causa especial de diminuição de pena deve levar em conta as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, com a situação de preponderância definida no artigo 42 da Lei Antidrogas.

Dessarte, considerando que os agentes foram surpreendidos na posse de 45 porções de cocaína, pesando 13,10g, mister alterar a fração redutora para 1/2 (metade), resultando as penas, definitivamente, em 02 anos e 06 meses de reclusão mais 250 diárias.

[...]

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porque, não obstante a edição da Resolução nº 5, de 15/02/2012, e a declaração de inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei nº 11.343/06 pelo C. STF, nos autos do HC 97256/RS, na parte em que "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", pelas circunstâncias do caso concreto, não se mostra socialmente recomendável a substituição da privativa de liberdade por restritivas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de direitos, com a observação de que os apelantes, com seu ilícito comportamento, procuravam difundir e disseminar o uso de drogas, que, na maioria das vezes, atinge pessoas jovens, infelicitando-as e arruinando suas vidas futuras.

*Quanto ao **regime prisional**, há que se manter o fechado, para início do desconto da privativa de liberdade, uma vez que o delito pelo qual foram os apelantes condenados tráfico de drogas, **equiparado a hediondo**, não se sujeita a regime mais brando, pois, como público e notório, provoca o recrudescimento da violência e da inquietude social, além da desagregação da instituição familiar.*

*No que tange à **aplicação do instituto da detração penal**, tal matéria deverá ser objeto de **análise na fase de execução da sentença**, após o trânsito em julgado e expedição da guia de recolhimento. [...] (fls. 208/212).*

Sobre o regime prisional, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional, nesses casos, deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do CP.

Por outro lado, firmou-se neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal ou em outra situação que demonstre efetivamente um *plus* na gravidade do delito. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n.718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Confira-se:

Súmula 440/STJ: "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."

Súmula 718/STF: "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."

Súmula 719/STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na hipótese dos autos, encontra-se evidenciado o constrangimento ilegal na fixação do regime prisional, uma vez que o Tribunal de origem, após estabelecer a pena corporal em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, estabeleceu o regime inicial fechado.

Com efeito, mesmo que se afaste a fundamentação elencada pelo Tribunal de origem – hediondez e gravidade abstrata do delito –, e, ainda que as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e os pacientes sejam primários, a natureza da droga apreendida – *45 porções de cocaína, pesando 13,10g* – foi utilizada na terceira fase da dosimetria, para modular a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, restando justificada a segregação inicial em regime mais gravoso. Todavia, considerando o *quantum* da pena aplicada – 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão –, o regime mais adequado na hipótese é o semiaberto, consoante disciplina o art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

A corroborar esse raciocínio:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADA A 3 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. NATUREZA DA DROGA - CRACK. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. BENEFÍCIO NEGADO EM VIRTUDE DA NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...].

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 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.

- Para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso do que comporta a pena, é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

- **Na hipótese, o acórdão recorrido fundamentou a necessidade do regime fechado com base na nocividade da droga objeto do delito de associação para o tráfico, qual seja, o crack.**

- **Embora válido o fundamento para o recrudesimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fechado à ré primária, condenada a pena reclusiva não superior a 4 anos, fazendo jus a paciente ao regime intermediário, qual seja, o semiaberto. Precedentes desta Corte.

(...)

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto (HC 345.968/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 31/05/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. PRIMARIEDADE. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve 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.

2. Quanto ao regime fechado, o magistrado sentenciante baseou-se apenas na gravidade abstrata do delito, em ofensa ao Enunciado n. 440 da Súmula do STJ. Embora a primariedade do paciente, a inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP) e o quantum de pena (art. 33, § 2º, "c", do CP) permitam, em tese, a fixação do regime aberto; a quantidade de droga apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/06) demonstra a gravidade acentuada do delito, justificando a imposição do regime inicial semiaberto.

3. Apesar da fundamentação inidônea apresentada pelas instâncias ordinárias, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a gravidade concreta, evidenciada pela natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos, constitui elemento indicativo de que a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos não seja suficiente para a prevenção e repressão do delito no caso concreto.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, ratificando a liminar, fixar o regime inicial semiaberto (HC 354.029/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 02/06/2016).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. AGRAVANTE CONDENADO À PENA DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM O BENEFÍCIO.

1. Nos termos do entendimento firmado por esta Corte Superior de Justiça, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo.

2. Estabelecida a pena definitiva em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, verificadas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade da agente, e considerada a natureza e a quantidade de entorpecente apreendido, 489 g de maconha, o regime semiaberto é o adequado à prevenção e reparação do delito.

3. Ainda que o quantum de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos, a quantidade e a nocividade do entorpecente apreendido não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

4. Agravo regimental improvido (AgInt no AREsp 701.848/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 25/05/2016).

Quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o col. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 97.256/RS declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Com efeito, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, os condenados por tráfico de drogas podem se beneficiar da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Esse tem sido o entendimento da Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. VALORAÇÃO NEGATIVA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. CRITÉRIO SUFICIENTE PARA FIXAR REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO E NEGAR A SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PACIENTE PRIMÁRIO, CONDENADO À PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INTERMEDIÁRIO. ADEQUAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

3. A partir do julgamento do HC 97.256/RS pelo STF,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, o benefício da substituição da pena passou a ser concedido aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC 337.625/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 13/04/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, E § 4º, DA LEI 11.343/2006. DOSIMETRIA DA PENA. ABRANDAMENTO DE REGIME INICIAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REGIME INICIAL FECHADO EM RAZÃO DA HEDIONDEZ DO DELITO. INCONSTITUCIONALIDADE. ANÁLISE DOS ARTIGOS 33, §2º, ALÍNEA C, E §3º, DO CÓDIGO PENAL E 42 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

V - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto nos artigos 33, §§2º e 3º, do Código Penal, e artigo 42 da Lei 11.343/2006, a imposição do regime inicial semiaberto ao paciente, condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos, primário, ostentando condições judiciais desfavoráveis.

VI - O Pretório Excelso, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC n. 97.256/RS, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, contida no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06 - cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012) -, permitiu a concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de drogas desde que preenchidos requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

[...]

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para confirmar a liminar e fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena imposta ao paciente (HC 343.528/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 29/03/2016).

In casu, os fragmentos acima transcritos revelam que o Tribunal de origem, após estabelecer a pena do paciente em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, negou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão das circunstâncias do caso concreto, sobretudo se considerada a natureza



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da substância apreendida *cocaína*, o que não destoa da jurisprudência desta Corte Superior.

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 antecipada 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.

[...]

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.

[...]

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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, entretanto, embora seja inidônea a fundamentação que atribui ao Juízo da Execução Penal a aplicação do instituto da detração prevista no art. 387, § 2º, do CPP, no caso concreto, inexistente flagrante ilegalidade apta a ensejar a concessão da ordem no tocante à detração do tempo de prisão cautelar para fins de fixar o regime prisional inicial, uma vez que o paciente foi condenado a uma pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, não havendo, desse modo, possibilidade de alteração do regime inicial fixado tão somente em razão do *quantum* de pena aplicado.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. RECEPÇÃO. REGIME PRISIONAL. PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REINCIDÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIA CONCRETA QUE REVELA MAIOR DESVALOR DA AÇÃO. SÚMULA 269/STJ. NÃO APLICAÇÃO. ART. 387, § 2º, DO CPP. DETRAÇÃO. CRITÉRIO OBJETIVO. PENA FIXADA EM PATAMAR INFERIOR A 4 ANOS. REGIME MAIS GRAVOSO COM BASE NA REINCIDÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIA CONCRETA DESFAVORÁVEL. IRRELEVÂNCIA DO EVENTUAL APROVEITAMENTO DO TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

4. *No que toca à pretendida aplicação da norma prevista no § 2º do art. 387 do Código de Processo Civil, é possível identificar que os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias não são idôneas, na medida em que simplesmente remetem para a execução penal a análise da detração, mediante a alegada necessidade de aferição do elemento subjetivo, próprio da progressão de regime, o que contraria o exposto comando normativo e a jurisprudência desta Corte.*

5. *O cômputo da prisão provisória para efeito de fixar o regime inicial, conforme o comando do § 2º do art. 387 do CPP, demanda análise objetiva sobre a eventual redução da pena para patamar mais brando, dentre as balizas previstas no § 2º do art. 33 do Código Penal.*

6. No caso, a pena já se encontrava em patamar não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

superior a 4 anos de reclusão, sendo fixado o regime inicial fechado em virtude da reincidência e existência de circunstância judicial desfavorável, razão pela qual a efetiva detração de eventual pena cumprida de forma provisória seria irrelevante.

7. Habeas corpus não conhecido (HC 347.133/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 02/05/2016).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 289, § 1º, DO CP. MOEDA FALSA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. NECESSIDADE. ART. 387, § 2º, DO CPP. REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA RECUSA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. DEFICIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

I - 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.

II - Todavia, a despeito do montante final da pena (4 anos de reclusão) autorizar, a princípio, o regime aberto e, mesmo considerando a redução do tempo de prisão em decorrência da detração, depreende-se da dosimetria realizada que as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao recorrente, que possui maus antecedentes, o que justifica o agravamento do regime prisional, para o semiaberto, consoante orientação do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

III - A pacífica jurisprudência deste Tribunal estabelece que as condenações alcançadas pelo período depurador de 05 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo o aumento da pena-base acima do mínimo legal, o que ocorreu na espécie.

IV - A defesa não fez juntar cópia do decreto originário de prisão preventiva, peça indispensável para a verificação da idoneidade da motivação da manutenção da segregação cautelar, de maneira que não é possível conhecer do recurso nessa parte, por deficiência de instrução (cf. RHC n. 55.604/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 27/11/2015).

Recurso ordinário parcialmente conhecido e, nessa parte, provido, para determinar às instâncias ordinárias que apreciem a possibilidade de detração do tempo de prisão cautelar (RHC 66.436/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 06/05/2016)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus* e pela concessão da ordem, de ofício, tão somente para fixar o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0277496-5

HC 375.694 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 000303020158260477 00030391020158260477 20160000558087 21934158920158260000
303020158260477 30391020158260477 9532015

EM MESA

JULGADO: 13/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: JOAO FINKLER FILHO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JEFFERSON SOUSA DA SILVA
PACIENTE	: KENNEDY ANDERSON QUARESMA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Associação para a Produção e Tráfico e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.