



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.692 - SP (2016/0328660-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : HAMILTON NETO FUNCHAL - MG114541
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TIAGO GASPARINI BORGES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 4 ANOS E 2 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. PRIMARIEDADE E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. DETRAÇÃO. ART. 387, § 2º, DO CPP, COM REDAÇÃO DETERMINADA PELA LEI N. 12.736/2012. REQUISITOS EXIGIDOS PARA A PROGRESSÃO DE REGIME. PRESCINDIBILIDADE. APLICAÇÃO DO DISPOSITIVO PELO JUÍZO DE CONHECIMENTO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– 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.

– Em razão da primariedade do acusado, das circunstâncias judiciais favoráveis e do *quantum* de pena privativa de liberdade fixado (4 anos e 2 meses de reclusão), o paciente faz jus ao regime prisional semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

– A previsão inserida no § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não se refere à verificação dos requisitos para a progressão de regime, instituto que se restringe à execução penal, mas à possibilidade de o Juízo de 1º Grau, no momento oportuno da prolação da sentença, estabelecer regime inicial mais brando, em razão da detração. Assim, cabe ao sentenciante descontar da pena aplicada ao réu o período em que fora mantido em prisão provisória. Realizada tal operação, observados os parâmetros do art. 33, § 2º, do Código Penal e as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, é possível ao juiz alterar o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime, aplicando modalidade menos gravosa.

– Uma vez ausentes, nos autos, elementos necessários à aplicação, nesta oportunidade, do disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, deve o Juízo das Execuções examinar se o tempo de prisão cautelar autoriza a fixação de regime mais brando.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto e 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 a fixação de regime mais brando.

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 "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.692 - SP (2016/0328660-9)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : HAMILTON NETO FUNCHAL - MG114541
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TIAGO GASPARINI BORGES (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de TIAGO GASPARINI BORGES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0006396-04.2014.8.26.0066.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 8 anos, 6 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.297 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, e 35, *caput*, da Lei 11.343/2006 (fls. 18/30).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi parcialmente provido pelo Tribunal *a quo* (fls. 32/46) para absolver o paciente da apontada prática do delito de associação para o tráfico de drogas e reduzir a pena aplicada ao delito de tráfico para 4 anos e 2 meses de reclusão, e 416 dias-multa.

No presente *mandamus* (fls. 1/3), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois manteve o regime inicial fechado sem fundamentação idônea, ante a inconstitucionalidade da fixação do regime mais gravoso com fundamento apenas na hediondez do delito.

Por fim, aduz que, *considerando o tempo de prisão provisória do paciente, fazia jus à consideração do tempo de prisão processual para detração e estabelecimento efetivo do regime inicial aberto para continuidade do cumprimento da pena* (fl. 4).

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a fixação do regime inicial mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

brando.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 51/52).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fls. 95/97).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.692 - SP (2016/0328660-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

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.

Cumprе 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 a 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.

A insurgência volta-se contra a fixação do regime inicial fechado.

A dosimetria da pena e o estabelecimento do regime prisional inserem-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador e estão atrelados às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, que somente podem ser revistos por esta Corte, mormente em *habeas corpus*, em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

Quanto ao regime prisional, cumpre asseverar que o Supremo Tribunal Federal, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que "[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado". Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado (STF, HC n. 111.840, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe em 17/12/2013).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esse entendimento também é adotado por ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte, conforme se verifica dos seguintes julgados: HC n. 264.068/RS, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 11/2/2015; HC n. 274.020/SP, Relator Ministro ERICSON MARANHÃO (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 19/2/2015; e HC n. 299.797/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 2/12/2014.

No presente caso, o regime inicial foi fixado pela sentença nos seguintes termos (fl. 29):

A pena deverá ser cumprida em regime inicial fechado (cf. STF, HC n, 82.959-7/SP), em razão da gravidade do delito, considerado hediondo, e sua forte repercussão social [...].

O Tribunal *a quo*, por sua vez, ao manter o regime inicial fechado, consignou (fl. 45):

O regime inicial fechado, fixado na origem, entretanto, deve ser preservado, pois, a despeito do quantum das reprimendas corporais ora aplicadas, a gravidade concreta do delito, evidenciada pela natureza das drogas apreendidas (cocaína e "crack", entorpecentes de alto poder alucinógeno e viciante), não autoriza, no caso em apreço, a imposição de regime prisional mais brando (cf. artigo 33, § 3º, do Código Penal), ainda que não se considere que o crime perpetrado pelos apelantes seja equiparado aos hediondos. O caso de Wilson José é ainda pior, pois reincidente e possuidor de maus antecedentes, a denotar maior periculosidade, de modo a não autorizar a imposição de regime prisional mais brando.

Verifica-se, portanto, que o regime inicial foi fixado em razão da apontada hediondez do delito e da reincidência do corréu, circunstância que não se aplica ao paciente.

Assim, tendo em vista a quantidade da pena imposta (4 anos e 2 meses de reclusão), a primariedade e o fato de não terem sido apontadas circunstâncias desfavoráveis, tanto que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, deve ser conferido ao paciente o regime semiaberto, a teor do disposto nos arts. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal.

Busca-se, ademais, o estabelecimento de regime prisional menos gravoso,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerando, para tanto, a quantidade de pena provisória já cumprida desde a data da prisão, nos termos determinado no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Quanto à alegada possibilidade de aplicação do instituto da detração, o § 2.º do art. 387 do Código de Processo Penal, com redação conferida pela Lei n. 12.736/2012, dispõe:

TÍTULO XII - DA SENTENÇA

(...)

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

(...)

§ 2.º 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.

O instituto, portanto, não se tem por objetivo a verificação da possibilidade de progressão de regime, própria da execução penal, mas a verificação, pelo Juízo de 1º Grau, no momento oportuno da prolação da sentença, da possibilidade de estabelecer regime inicial mais brando, em razão da aplicação da detração ao caso.

Acerca do instituto da detração, observa Guilherme de Souza Nucci, *in* Código de Processo Penal Comentado, 14ª ed., 2015, fl. 831:

*Estabelece o art. 42 do Código Penal que o tempo de prisão provisória, de qualquer espécie, deve ser computado como cumprimento de pena. Isso significa que, inaugurando-se o processo de execução, o juiz deve descontar aquele período (prisão cautelar) do total da pena. Feito o referido desconto, passa a verificar se cabe a concessão de algum benefício, como, por exemplo, a progressão de regime. A lei 12.736/2012 inovou, nesse cenário, ao inserir o § 2º no art. 387 do CPP. Permite que o julgador promova o desconto pertinente à detração para escolher o regime inicial apropriado ao réu, em caso de condenação. Não significa, de modo algum, transformar o juiz da condenação num juiz de execução penal; concede-se a autorização legislativa para que o magistrado, ao condenar, leve em consideração o tempo de prisão cautelar. **Ilustre-se: o acusado, preso há dois anos, cautelarmente, é condenado a nove anos de reclusão; antes do advento da Lei 12.736/2012, o regime inicial seria o fechado necessariamente (pena superior a oito anos, conforme o art. 33, § 2º, CP); agora, o julgador deve descontar os dois anos de prisão***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

provisória, chegando à pena de sete anos, que será o montante efetivo a cumprir. Para esse quantum (sete anos), são cabíveis dois potenciais regimes: fechado e semiaberto. Não está o julgador obrigado a conceder sempre o regime mais favorável; pode fixar o regime fechado inicial, se considerar o mais adequado, nos termos do art. 59 do Código Penal, indicado pelo art. 33, § 3º. Afinal, somente o juiz da execução pela possui o quadro completo das condenações daquele réu, do seu comportamento carcerário e do seu merecimento. Em decorrência disso, somente o juiz da execução, ao receber o processo, com a pena de sete anos (em regime fechado ou semiaberto), decidirá o que fazer. Por outro lado, é possível que, estabelecida a pena de nove anos e já descontados os dois anos de prisão provisória, o julgador entenda pertinente fixar o regime inicial semiaberto, o que está autorizado legalmente a fazer. Não se deve padronizar o entendimento nesta hipótese, mas individualizar a pena, o que inclui o regime, de maneira concreta.

Da jurisprudência desta Corte, colhe-se os seguintes precedentes:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS CONTRA DECISÃO QUE INDEFERE LIMINAR. SÚMULA 691 DO STF. SUPERAÇÃO. RECEPÇÃO. PENA. REGIME INICIAL MAIS BRANDO. FIXAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. "Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar" (Súmula 691 do STF), a não ser em hipóteses excepcionais, quando demonstrada patente ilegalidade. Precedentes do STF.

3. Somente quando favoráveis as circunstâncias judiciais, admite-se a fixação de regime prisional menos gravoso ao reincidente condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos (Súmula 269 do STJ).

4. Na hipótese, embora fixado o regime fechado em face das circunstâncias judiciais desfavoráveis e da reincidência delitiva, a quantidade de pena aplicada (1 ano, 11 meses e 10 dias) e o fato de o paciente achar-se custodiado desde 16/05/2014 permitem seja avaliada a possibilidade de início do cumprimento da pena em regime mais brando, em atenção ao instituto da detração (CPP, art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

387, § 2º).

5. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício* (HC 309.543/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 04/05/2015).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO EM CONCURSO DE AGENTES. PENA: 5 ANOS E 4 MESES. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA. SÚMULA 440/STJ. DETRAÇÃO. ART. 387, § 2º, DO CPP. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA NO MOMENTO DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. *Este Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não admite a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio previsto no ordenamento jurídico. Contudo, nos casos de flagrante ilegalidade, a ordem poderá ser concedida de ofício.*

2. *No caso, o regime fechado foi fixado sem a indicação de circunstâncias concretas que extrapolassem as normais ao tipo de delito praticado, a indicar a maior reprovabilidade da conduta do agente, tanto assim que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal.*

3. *Nos termos da 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.*

4. *Nos termos da nova redação do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, dada pela Lei 12.736/2012, 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. *Assim, ao final da dosimetria da pena, o juiz deve descontar da pena privativa de liberdade imposta ao condenado o período de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação. Se, com o tempo descontado, à luz do art. 33, § 2º, do Código Penal, for possível a alteração do regime, poderá o juiz estabelecer novo regime inicial de cumprimento, se as circunstâncias do art. 59 do Código Penal assim recomendarem.*

6. *No caso concreto, considerando que a escolha do regime prisional pautou-se na gravidade abstrata do delito, bem como que as circunstâncias do art. 59 do Código Penal foram favoráveis ao paciente, em tese, é possível o início do cumprimento da pena no regime aberto, pois a prisão data de 17.11.2012 e, à época da prolação da sentença condenatória (04.09.2013), o paciente já havia cumprido mais de 1/6 da pena.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. *Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime inicial aberto para o início do cumprimento da pena do paciente em virtude da detração (HC 307.521/SP, Rel. Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), QUINTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 03/12/2014).*

E, da minha relatoria, confira-se o AgRG no Aresp n. 627.082/DF, julgado em 5/11/2015, DJe de 11/11/2015.

O Juízo de 1º Grau, ao manifestar-se sobre o tema, estipulou:

Deixo de aplicar o disposto no artigo 387, § 2º do Código de Processo Penal, tendo em vista que o delito de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas é equiparado aos hediondos e a progressão de regime apenas dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário. Desta feita, o réu Wilson não atende aos benefícios legais para eventual análise de progressão de regime (sentença - fl. 29).

O Tribunal Revisor, por sua vez, ressaltou que, no caso em apreço, *inviável o desconto do tempo de prisão provisória para fins de determinação do regime inicial da pena privativa de liberdade, ante a ausência de outros subsídios de forma a averiguar a presença dos requisitos subjetivos para aplicação do artigo 387, § 2o, do Código de Processo Penal (bom comportamento carcerário dos acusados e ausência de faltas disciplinares), de modo que deixo de alterar, nesta fase, o regime inicial para o cumprimento da pena, como também pretendido subsidiariamente pela Defesa (fl. 45).*

Entretanto, 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. Diante disso, caberá ao Juízo das Execuções examinar se o tempo de prisão cautelar do paciente autoriza a fixação de regime mais brando.

Assim também é o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem** de ofício para fixar o regime inicial semiaberto e 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 a fixação de regime mais brando.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0328660-9

HC 382.692 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00063960420148260066 20160000574060 63960420148260066

EM MESA

JULGADO: 21/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: HAMILTON NETO FUNCHAL - MG114541
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: TIAGO GASPARINI BORGES (PRESO)
CORRÉU	: WILSON JOSE DE MARTIM DOS SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas 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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.