

OBS: Na jurisprudência citada, sempre que não houver indicação do tribunal, entenda-se que é do Superior Tribunal de Justiça.

Índices
<a href="#">Ementas – ordem alfabética</a>
<a href="#">Ementas – ordem numérica</a>
<a href="#">Índice do “CD”</a>

### **Tese 547**

*PENA – REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA – DETRAÇÃO PENAL – PENA APLICADA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO – FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL ABERTO - DESCABIMENTO.*

Aplicada a detração prevista no artigo 387, §2º, do CPP, e permanecendo a pena em patamar superior a 04 anos e inferior a 08 anos, incabível a fixação do regime aberto.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DA EGRÉGIA  
SEÇÃO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO****Agravo de Execução Penal nº 0007881-39.2018.8.26.0635**

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** nos autos de Agravo de Execução Penal nº **0007881-39.2018.8.26.0635**, da Comarca de São Paulo, em que é apelante **DANILO DA SILVA DE AGUIAR**, e apelado **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, vem perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, art. 255, § 1º, do RISTJ e art. 1.029 do Código de Processo Civil, interpor **RECURSO ESPECIAL** para o Colendo **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**, pelos motivos adiante aduzidos:

**1. HIPÓTESE EM EXAME.**

**DANILO DA SILVA DE AGUIAR** foi condenado às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, por infração ao artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006 (folhas 159/162).

Inconformado, recorreu requerendo a absolvição por falta de provas. Subsidiariamente, requereu a fixação da pena-base no mínimo legal, a aplicação do redutor previsto no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, a modificação do regime prisional para o aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (folhas 170/182).

Oferecidas as contrarrazões pelo Ministério Público (folhas 186/194), a d. Procuradoria de Justiça apresentou parecer pelo não provimento do recurso (folhas 204/212).

A Colenda 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferiu a seguinte decisão: “deram parcial provimento ao recurso de Danilo da Silva Aguiar para reduzir as penas, que serão fixadas em 5 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial **aberto**, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, por infração ao artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006, sendo que a modalidade e as condições do regime aberto serão fixados em primeiro grau de jurisdição. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão”

**Eis a íntegra do acórdão:**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0007881-39.2018.8.26.0635, da Comarca de São Paulo, em que é apelante **DANILO DA SILVA DE AGUIAR**, é apelado **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: deram parcial provimento ao recurso de Danilo da Silva Aguiar para reduzir as penas, que serão fixadas em 5 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial aberto, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, por infração ao artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006, sendo que a modalidade e as condições do regime aberto serão fixados em primeiro grau de jurisdição. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores **PAULO ROSSI** (Presidente sem voto), **VICO MAÑAS** E **JOÃO MORENGHI**.

São Paulo, 18 de setembro de 2020. H

EITOR DONIZETE DE OLIVEIRA Relator Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 0007881-39.2018.8.26.0635

Apelante: Danilo da Silva de Aguiar

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: São Paulo

Voto nº 1341

Tráfico de Drogas Autoria demonstrada Conjunto probatório satisfatório  
Condenação mantida – Detração Penal – Regime aberto - RECURSO DA DEFESA  
PARCIALMENTE PROVIDO.

O réu DANILO DA SILVA DE AGUIAR foi condenado às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, por infração ao artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006 (folhas 159/162).

Inconformado, o réu recorre (folha 162) e a defesa requer a absolvição por falta de provas. Subsidiariamente, requer a fixação da pena-base no mínimo legal, a aplicação do redutor previsto no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, a modificação do regime prisional para o aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (folhas 170/182).

Oferecidas as contrarrazões pelo Ministério Público (folhas 186/194), a d. Procuradoria de Justiça opina pelo não provimento do recurso (folhas 204/212).

É o relatório.

Consta da denúncia (folhas 105/108) que no dia 15 de setembro de 2018, por volta das 01:20 horas, na Rua Padre Achilles Silvestre, 28, Brasilândia, São Paulo, SP, DANILO DA SILVA DE AGUIAR foi surpreendido pelos policiais militares, abaixo arrolados, quando vendia, expunha a venda, trazia consigo e guardava, para

fornecer a consumo de terceiros, 200 (duzentos) porções de "cocaína", com massa líquida de 105,4g; 85 (oitenta e cinco) porções de cocaína na forma de "crack", com massa líquida de 19,6g; 101 (cento e uma) porções de "TETRAHIDROCANNABINOL – THC" (maconha), com massa líquida de 199,7g; 10 (dez) porções de "LSD", com massa líquida de 0,2g; 08 (oito) porções de "metilenodioximetanfetamina – MDMA" (ecstasy), com massa líquida de 2,9g; e 19 (dezenove) porções de tricloroetileno (lança perfume), com volume líquido de 190ml, substâncias essas entorpecentes, que determinam dependência física e psíquica, o fazendo sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, sendo, outrossim, encontrada com o denunciado a quantia de R\$ 20,00 em dinheiro (vide auto de exibição e apreensão de folhas 18/20 e laudo de constatação, de folhas 21/26).

Ainda de acordo com a inicial, os policiais militares abaixo arrolados, quando dos fatos e no local acima referido, realizavam patrulhamento de rotina, quando avistaram o denunciado caminhando em via pública em atitude suspeita, trazendo em suas costas uma sacola contendo duas bolsas pequenas do tipo pochete com os entorpecentes acima descritos em seu interior. Ao avistar a aproximação da viatura demonstrou nervosismo e saiu correndo, tentando empreender fuga. Iniciada perseguição, o denunciado perdeu o equilíbrio e caiu ao solo, sendo que nesse momento foi detido pelos milicianos. Em busca pessoal, foram encontrados os mencionados entorpecentes, além da quantia de R\$ 20,00 (vinte reais) em dinheiro e um aparelho de telefone celular da marca "Samsung". Indagado informalmente pelos milicianos, o denunciado confessou que vendia drogas pela região há cerca de 4 (quatro) meses. No Distrito Policial, o denunciado foi formalmente inquirido e disse que foi ao local para comprar entorpecentes pois é usuário de drogas. Disse que segurava a sacola a pedido do vendedor, que lhe prometeu uma "paranga" de maconha de graça. Saiu correndo ao avistar os policiais. Nega conhecer o conteúdo da sacola. A quantidade da droga apreendida, sua forma de embalagem, o dinheiro apreendido, bem como o testemunho dos policiais e a confissão informal do denunciado aos mesmos, revelam o intuito de traficância.

A materialidade do delito está comprovada pelo auto de prisão em flagrante (folha 02), boletins de ocorrência (folhas 08/12 e 13/15), auto de exibição e apreensão (folhas 18/20), auto de constatação (folhas 21/26), exame químico toxicológico definitivo (folhas 117/121), e pela prova oral colhida nos autos.

A autoria também restou demonstrada.

O policial militar Bruno Cocato informou na delegacia (folha 03) que realizava patrulhamento junto com seu parceiro de farda pela Rua Padre Achilles Silvestre, momento em que avistaram um indivíduo caminhando pela via pública em atitude suspeita. Assim que este indivíduo percebeu a aproximação da viatura, empreendeu fuga, se desequilibrou e caiu no chão, sofrendo ferimentos na perna. Após, foi abordado e identificado como Danilo da Silva Aguiar, sendo encontrados entorpecentes em sua posse, que estavam dentro de uma mochila que o réu trazia nas suas costas. Afirmou que questionaram o réu sobre as drogas, sendo que ele confessou que estava vendendo as substâncias pelas imediações há cerca de quatro meses.

No mesmo sentido foi o depoimento do policial militar Flaides Cortez Seabra, tanto na fase inquisitiva (folha 05) quanto em juízo (folha 148).

Em juízo (folhas 159/162), Bruno Cocato confirmou as mesmas informações. Disse que estavam em patrulhamento quando encontraram o réu, o qual tentou correr. Informou que foram atrás e ele caiu em uma escadaria que havia no local, momento em que fizeram a abordagem e encontraram com ele diversos entorpecentes.

O réu Danilo da Silva de Aguiar, na fase inquisitiva (folha 06), negou os fatos. Disse que havia acabado de chegar no local, pra comprar uma "paranga" de maconha e que encontrou-se com um indivíduo que estava vendendo drogas, o qual lhe pediu para segurar a sacola de drogas para ele, pois ele ia dar a "paranga" de maconha de graça. Afirmou que o rapaz saiu correndo por ter visto a polícia e que saiu correndo também, sendo capturado em seguida. Disse que não sabia o que havia

na sacola. Em juízo (folhas 159/162), negou os fatos dizendo que passou pelo local, sendo que havia um menino vendendo drogas. Informou que perguntou a ele se tinha como vender um baseado, momento em que ele falou para que segurasse a sacola. Afirmou que disse a ele que não iria segurar a sacola, momento em que ele viu a polícia e jogou a sacola no chão. Disse que deu três passos para frente e escorregou, caindo na porta do bar, na escada, sendo abordado pelos policiais. Explicou que não correu, que deu três passos para frente para ficar longe da droga que ele havia jogado no chão.

Diante deste quadro, não há que se falar em falta de provas.

Os policiais, em uníssono, confirmaram que visualizaram o réu com uma sacola de drogas na mão, sendo que quando visualizou a polícia, jogou a sacola no chão e tentou correr, caindo em uma escada que havia no local, sendo abordado em seguida. Afirmaram que na sacola estavam os entorpecentes.

Não há motivo para que se receba com reservas as palavras dos policiais militares, inclusive porque não se vislumbra nos autos nenhum indício de interesse por parte deles em incriminar um inocente.

Neste sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"Ressalte-se, ademais, que os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções. Assim, tais depoimentos revestem-se de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório" (STJ, Habeas Corpus nº 149540/SP, rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 04.05.2011).

A versão do réu, de que estava no local apenas para comprar uma "paranga" de maconha não convence, inclusive porque existem algumas divergências em seus depoimentos, pois na delegacia disse que o traficante lhe pediu para segurar a sacola, pois lhe daria uma "paranga" de maconha de graça, e em juízo disse que não aceitou

segurar a sacola e que o traficante a jogou no chão quando viu a polícia.

A condenação será mantida. As penas, todavia, merecem reparação.

Na primeira fase, as penas foram aumentadas em 1/5 (um quinto) ante a quantidade e variedade das drogas, porém, a quantidade de drogas apreendidas (auto de exibição e apreensão de folhas 18/20) não é relevante o suficiente para justificar o aumento da pena-base. O art. 42 da Lei 11.343/06 alude não só à natureza da substância, mas também à quantidade. Os fatores devem ser considerados cumulativamente, sendo de rigor, portanto, a manutenção da pena-base em seu valor mínimo, de 5 (cinco) anos de reclusão e o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda fase, considerando que o acusado era menor que 21 (vinte e um) anos de idade no momento dos fatos, o digno magistrado de primeiro grau reduziu as penas para o mínimo legal. Tendo em vista que a atenuante não pode reduzir as penas para um valor menor que o mínimo, ante o disposto na Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, estas permanecem fixadas em 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor mínimo.

Na terceira fase, embora o réu seja primário (folhas 110/111), não é possível aplicar o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, tendo em vista a variedade das drogas encontradas com o apelante. Além de "cocaína", "crack" e "maconha", também foram encontrados lança-perfume, "LSD" e "Ecstasy". Ademais, os policiais informaram que ele havia confessado que vendia drogas pelas imediações há cerca de quatro meses, o que indica uma dedicação do réu a atividades criminosas. Desse modo, as penas serão fixadas definitivamente em 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Quanto ao regime prisional, ante a pena aplicada e a primariedade do réu, foi fixado o regime semiaberto, nos termos do artigo 33, §2º, "b", do Código Penal. Observo que não é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva



de direitos (artigo 44, inciso I, do Código Penal). Contudo, considerando a primariedade e que o réu respondeu o processo preso cautelarmente de 16 de setembro de 2018 (folha 99) até 06 de fevereiro de 2019 (folhas 151/152), por quase 5 (cinco) meses, aplico a detração penal prevista no artigo 387, §2º, do Código de Processo Penal e fixo o regime aberto para cumprimento da pena, sendo que a modalidade as condições serão fixados em primeiro grau de jurisdição.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso de Danilo da Silva Aguiar para reduzir as penas, que serão fixadas em 5 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial aberto, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, por infração ao artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006, sendo que a modalidade e as condições do regime aberto serão fixados em primeiro grau de jurisdição.

**HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA**

Relator

O Ministério Público opôs embargos de declaração e a douta Câmara proferiu a seguinte decisão:

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Criminal nº 0007881-39.2018.8.26.0635/50000, da Comarca de São Paulo, em que é interessado **DANILO DA SILVA DE AGUIAR** e Embargante **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, é embargado **COLENDIA 12ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL**.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: conheceram dos embargos de declaração opostos e, no mérito, os rejeitaram, mantendo o julgado na forma como prolatado. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AMABLE LOPEZ SOTO (Presidente sem voto), VICO MAÑAS E JOÃO MORENGHI.

São Paulo, 23 de março de 2021. HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA  
Relator Assinatura Eletrônica

Embargos de Declaração Criminal nº 0007881-39.2018.8.26.0635/50000  
Embargante: Ministério Público do Estado de São Paulo Interessado: Danilo da Silva de Aguiar Embargado: Colenda 12ª Câmara de Direito Criminal Comarca: São Paulo Voto nº 2386 Embargos de declaração Prequestionamento de matéria já decidida no v. acórdão, para modificação em sua essência ou substância Impossibilidade Ausência de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão - Regime prisional mantido no aberto Rejeição dos embargos.

Através do v. acórdão constante das folhas 214/220 dos autos principais, o sentenciado DANILO DA SILVA AGUIAR teve seu recurso de apelação parcialmente provido, por unanimidade, para reduzir as penas, que foram fixadas em 5 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial aberto, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, por infração ao artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006.

Inconformado, o Ministério Público opôs os embargos de declaração constantes das folhas 01/03 do incidente próprio, visando prequestionamento. O Parquet sustenta que há contradição no acórdão embargado, tendo em vista que a pena privativa de liberdade fixada para o réu é superior a quatro anos. Desse modo, ainda que realizada a detração penal, o regime prisional deveria ser o semiaberto, nos termos do artigo 33, § 2º, "b", do Código Penal, e não o aberto conforme fixado

no acórdão. É o relatório. Conheço dos embargos, já que tempestivos, contudo, no mérito os rejeito.

Com efeito, dispõe o artigo 619 do Código de Processo Penal:

- "Aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, câmaras ou turmas, poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de dois dias contados de sua publicação, quando houver na sentença ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão".

No caso presente, não incide ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão.

É lição de Júlio Fabrini Mirabete, de que "a finalidade dos embargos de declaração é apenas a de esclarecer, tornar claro o acórdão proferido, sem modificar a substância, não se admitem, por serem impróprios, aqueles em que, ao invés de reclamar o deslinde de contradição, o preenchimento de omissão ou explicação de parte obscura ou ambígua do julgado, se pretende rediscutir questão que nele ficou claramente decidida, para modificá-lo em sua essência ou substância. Assim, não é possível, em embargos de declaração, alterar, mudar ou aumentar o julgamento..." (Código de Processo Penal Interpretado, Editora Atlas, 5ª Edição, página 796).

Nesse sentido já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"Embargos de declaração, interposição visando à modificação do acórdão. Inadmissibilidade. Recurso que se presta somente a corrigir ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão na decisão. Aplicação do art. 619 do CPP" (RT 670/337);

"Os embargos de declaração não são palco para a parte simplesmente se insurgir contra o julgado e requerer sua alteração. Por isso, não se admite embargos de declaração com efeitos modificativos quando ausente qualquer dos requisitos do art. 535 do Código de Processo Civil' (STJ-Corte Especial, ED no REsp 437.380, Rel. Min. Menezes Direito, j. 20.04.05, não conheceram, v.u., DJU 23.05.05)".

No mesmo sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: -

"Rejeitam-se os embargos declaratórios, por serem considerados impróprios, se o embargante, ao invés de reclamar o dirime de contradição, preenchimento de omissão ou explicação de parte obscura ou ambígua do julgado, pretende rediscutir questão que nele ficou claramente decidida, em busca de modificá-lo em sua essência ou substância" (RT 622/309).

Nesse contexto e como na própria petição de oposição dos embargos o Ministério público deixa claro que o que se pretende é o prequestionamento de matéria já decidida no v. acórdão, não há como se acolher a pretensão, pois o prequestionamento também se condiciona à existência de efetiva ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, o que não se faz presente no julgado que se pretende a modificação.

Este é o entendimento das Cortes Superiores e deste Tribunal:

-"(...) 1. Os embargos de declaração têm âmbito de cognição restrito às hipóteses do artigo 619 do Código de Processo Penal, quais sejam, a ambiguidade, a contradição, a omissão ou a obscuridade da decisão atacada.

2. Se o acórdão resolveu a controvérsia trazida, exaurindo a prestação jurisdicional com suporte na reiterada jurisprudência desta Corte e decidindo a causa nos limites do pedido, não se pode conceber a existência de vícios ensejadores da oposição de embargos (...) (EDcl no HC 108.293/DF, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 22.03.2011);

- "No que tange ao prequestionamento, melhor sorte não socorre ao embargante. É que tal pretensão só é cabível quando viável a interposição dos embargos, o que não se apresenta no caso em tela, já que ausente o vício alegado pelo recorrente" (ED em ACrim nº 2010.029271-4/0001.00, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 17.5.2012).

Ademais, é certo que no corpo do v. acórdão é de fácil verificação o fato

de que não houve omissão ou contradição.

Observo que a pena do apelante foi fixada em 5 (cinco) anos de reclusão e que o réu permaneceu preso cautelarmente por quase 5 (cinco) meses em regime fechado (16 de setembro de 2018 - folha 99 até 06 de fevereiro de 2019 - folhas 151/152).

Conforme constou do acórdão de folhas 214/220, é caso de aplicação da detração penal prevista no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal. Com o desconto do tempo de prisão cautelar, a pena continua sendo superior a 4 (quatro) anos, contudo, o réu cumpriu quase cinco meses em regime fechado, mais gravoso do que o que teria direito (semiaberto), o que também deve ser levado em consideração no caso concreto. Além disso, pesquisas feitas no sistema "SIVÉC" demonstram que o réu é primário e não se envolveu em qualquer outro crime da data do fato (15 de setembro de 2018) até o julgamento da apelação e destes embargos, o que demonstra que o regime aberto é suficiente para reprovação da conduta. Observo, ainda, que a norma de incidência (artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal) ao estabelecer a possibilidade de detração penal não fixa nenhum lapso temporal específico de prisão provisória cumprida para que a referida detração ocorra.

Ante todo o exposto, conheço dos embargos de declaração opostos e, no mérito, os rejeito, mantendo o julgado na forma como prolatado.

HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA Relator

## **2. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DE LEI FEDERAL**

Com a devida vênia, ao fixar o regime inicial aberto, apesar de a pena fixada ser superior a 4 anos de reclusão, a douta Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acabou por negar vigência ao art. 33, §2º, "b", do

Código Penal, bem como contrariou o disposto no art. 387, §2º, do Código de Processo Penal, legitimando, dessarte, a interposição do presente recurso especial, pela alínea “a”, do art. 105, III, da Carta Magna.

Senão vejamos:

O art. 33, § 2º, “b”, do CP, dispõe que:

*“Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

(...)

*§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

*a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;*

*b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;*

*c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto”*

Por sua vez, o art. 387, §2º, do CPP, estabelece que:

**“Art. 387.**

(...)

**§ 2º. 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.”** (Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012)

Pois bem, no caso concreto, o réu foi condenado a 5 anos de reclusão pela prática de crime de tráfico de drogas. A Turma Julgadora fixou, em princípio, o regime inicial semiaberto, contudo, pelo fato de o acusado ter permanecido preso preventivamente por 4 meses e 20 dias, a pretexto de aplicar a regra do art. 387, §2º, do CPP, estabeleceu, em definitivo, o regime inicial **aberto**.

Ocorre que, aplicando a regra da detração, o réu tem ainda pena de 4 anos, 7 meses e 10 dias de reclusão a cumprir. Ora, nos termos expressos do art. 33, §2º, “b” do CP, o regime inicial deveria ser o semiaberto, já que a pena restante é superior a 4 anos e o réu é primário. Ao fixar o regime inicial aberto a Turma Julgadora negou vigência a referido dispositivo, levando-se em conta, ainda, que o recorrido não cumpriu tempo de pena necessário para eventual progressão de regime (40% por se tratar de crime equiparado a hediondo).

Lembre-se, de qualquer modo, que a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, é no sentido de que a regra do § 2º do artigo 387 do Código de Processo Penal não versa sobre progressão de regime prisional, mas sobre a possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado. Para tanto, é necessário que o período de prisão provisória, descontado da pena imposta, leve a sanção corporal a patamar que, de acordo com o artigo 33, §2º, do Código Penal, permita a fixação de regime mais brando, o que, conforme já mencionado, não ocorreu no caso concreto.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. DETRAÇÃO. AINDA QUE APLICADA, NÃO REDUZIRIA A PENA PARA PATAMAR INFERIOR A 4 ANOS. REGIME MAIS GRAVOSO COM BASE EM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. IRRELEVÂNCIA DO EVENTUAL APROVEITAMENTO DO TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. 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. 2. A jurisprudência desta Corte, quanto à fixação do regime prisional, firmou-se no sentido de que é necessária a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, na primariedade do acusado e na gravidade concreta do delito, evidenciada esta última por um modus operandi que desborde dos elementos normais do tipo penal violado. 3. No caso, embora o paciente seja primário, condenado à pena privativa de liberdade superior a 4 e não excedente a 8 anos, o regime mais gravoso foi estabelecido mediante fundamentação concreta, consistente no fato de o crime ter sido praticado em concurso de 3 agentes, com uso de agressão física contra a vítima, denotando não só a maior periculosidade do agente, mas também uma ameaça maior à incolumidade da vítima. **4. A aplicação do comando previsto no § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal se refere, simplesmente, ao cômputo da prisão provisória para efeito de fixar o regime inicial, o que 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** 5. No caso, verifica-se que, mesmo aplicada a regra da detração, o tempo de prisão provisória não reduziria a pena para patamar inferior a 4 anos, sendo o regime mais gravoso fixado com base em fundamentação concreta, razão pela qual a efetiva detração de eventual pena cumprida de forma provisória seria irrelevante.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 512.421/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 13/08/2019)

### **3. DO PEDIDO DA REFORMA.**

Ante todo o exposto, demonstrado, fundamentadamente, a negativa de vigência ao art. 33, §2º, “b”, do CP, e a contrariedade ao art. 387, §2º, do CPP, pleiteia o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** seja **ADMITIDO** o processamento do presente Recurso Especial por essa Egrégia Presidência, bem como seja ele oportunamente **CONHECIDO** e **PROVIDO** pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, a fim de que seja reformado o v. acórdão no que pertine ao regime inicial de cumprimento de pena, para que seja fixado o regime semiaberto.



---

São Paulo, 22 de abril de 2021.

Victor Eduardo Rios Gonçalves  
Procurador de Justiça designado