



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 351.541 - SP (2016/0069570-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOAO FINKLER FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDRE LUIZ BROCHAS (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. HEDIONDEZ. DIREITO AO REGIME SEMIABERTO. DETRAÇÃO. CÔMPUTO DO PERÍODO EM QUE ESTEVE PRESO PROVISORIAMENTE PARA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL. POSSIBILIDADE. REGIME ABERTO. QUANTIDADE DE PENA IMPOSTA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. MOTIVAÇÃO ABSTRATA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. A obrigatoriedade do cumprimento inicial em regime fechado aos sentenciados por crime hediondo e a ele equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do disposto no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.
3. Hipótese em que, apesar de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, tanto é que a pena-base foi fixada no mínimo legal e, considerando se tratar de paciente primário, o regime fechado foi estabelecido pelo Juízo *a quo* sem a apresentação de qualquer fundamentação, configurando patente o constrangimento ilegal, pois a hediondez e a gravidade abstrata do crime não constituem motivação idônea para a fixação de regime mais gravoso. Precedentes.
4. Considerando a pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, a primariedade do acusado e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, o regime semiaberto para cumprimento da pena se apresenta o mais adequado à espécie, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.
5. Possibilidade de aplicação do instituto da detração, nos termos do art. 387, § 2º, do CPP, que permite ao julgador que compute o período em que o paciente permaneceu encarcerado provisoriamente como efetivo cumprimento de pena para a escolha do regime inicial.
6. Se o saldo da pena remanescente é de 3 (três) anos e 8 (oito) meses de reclusão, é justa a promoção do desconto do período em que esteve preso preventivamente para a escolha do regime inicial apropriado ao réu, neste caso, o aberto, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.
7. A prisão cautelar é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, cabendo ao julgador interpretar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritivamente os pressupostos do art. 312 da Lei Processual Penal.

8. Hipótese em que o Juiz sentenciante manteve a custódia preventiva do paciente sem apresentar motivação idônea para tanto, baseando-se na gravidade abstrata do crime, sem alusão a qualquer outro fator apto a justificar a sua manutenção.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de modificar o regime de cumprimento da pena para o aberto e permitir que o paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal condenatória, salvo se por outro motivo estiver preso.

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de maio de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 351.541 - SP (2016/0069570-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOAO FINKLER FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDRE LUIZ BROCHAS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS(Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de **ANDRE LUIZ BROCHAS**, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi preso em flagrante em 09/05/2015, tendo permanecido preso durante toda a instrução, até ser condenado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 420 (quatrocentos e vinte) dias-multa, sendo-lhe negado o direito de apelar em liberdade (e-STJ, fls. 24-30).

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante a Corte de origem, que denegou a ordem (e-STJ, fls. 101-108).

Neste *writ*, alega a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, sob os seguintes argumentos: a) ausência de fundamentação idônea para a manutenção da prisão preventiva do paciente; b) fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda baseado apenas na gravidade abstrata do delito e de sua hediondez; c) negativa de vigência ao art. 387, § 2º, do CPP, em virtude de o Juiz sentenciante não ter promovido a detração do tempo de prisão cautelar do paciente (e-STJ, fls. 1-11).

Ao final, requer a concessão da ordem, liminarmente e no mérito, para que seja deferido o direito de o paciente aguardar o trânsito em julgado de seu processo em liberdade e seja fixado regime mais brando para o cumprimento da pena.

A liminar foi deferida para que o paciente aguardasse o julgamento deste *writ* em regime semiaberto (e-STJ, fls. 112-113).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 128-144).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (e-STJ, fls. 154-160).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 351.541 - SP (2016/0069570-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOAO FINKLER FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDRE LUIZ BROCHAS (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. HEDIONDEZ. DIREITO AO REGIME SEMIABERTO. DETRAÇÃO. CÔMPUTO DO PERÍODO EM QUE ESTEVE PRESO PROVISORIAMENTE PARA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL. POSSIBILIDADE. REGIME ABERTO. QUANTIDADE DE PENA IMPOSTA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. MOTIVAÇÃO ABSTRATA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. A obrigatoriedade do cumprimento inicial em regime fechado aos sentenciados por crime hediondo e a ele equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do disposto no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.
3. Hipótese em que, apesar de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, tanto é que a pena-base foi fixada no mínimo legal e, considerando se tratar de paciente primário, o regime fechado foi estabelecido pelo Juízo *a quo* sem a apresentação de qualquer fundamentação, configurando patente o constrangimento ilegal, pois a hediondez e a gravidade abstrata do crime não constituem motivação idônea para a fixação de regime mais gravoso. Precedentes.
4. Considerando a pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, a primariedade do acusado e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, o regime semiaberto para cumprimento da pena se apresenta o mais adequado à espécie, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.
5. Possibilidade de aplicação do instituto da detração, nos termos do art. 387, § 2º, do CPP, que permite ao julgador que compute o período em que o paciente permaneceu encarcerado provisoriamente como efetivo cumprimento de pena para a escolha do regime inicial.
6. Se o saldo da pena remanescente é de 3 (três) anos e 8 (oito) meses de reclusão, é justa a promoção do desconto do período em que esteve preso preventivamente para a escolha do regime inicial apropriado ao réu, neste caso, o aberto, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.
7. A prisão cautelar é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, cabendo ao julgador interpretar restritivamente os pressupostos do art. 312 da Lei Processual Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. Hipótese em que o Juiz sentenciante manteve a custódia preventiva do paciente sem apresentar motivação idônea para tanto, baseando-se na gravidade abstrata do crime, sem alusão a qualquer outro fator apto a justificar a sua manutenção.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de modificar o regime de cumprimento da pena para o aberto e permitir que o paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal condenatória, salvo se por outro motivo estiver preso.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS(Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

No momento da prolação da sentença condenatória, o Juiz sentenciante fixou o regime fechado de cumprimento da pena e negou ao paciente o direito de recorrer em liberdade, sob a seguinte motivação, *in verbis*:

"Ante o exposto. CONDENO o ré a ANDRÉ LUIZ BROCHAS, qualificado nos autos, como incurso no art. 33. caput, da Lei nº 11.343/06, a cumprir pena de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e a pagar multa no valor de 420 (quatrocentos e vinte) dias-multa, cada dia-multa em seu valor mínimo legal.

[...]

Ainda presentes os requisitos do art. 312 do CPP, nos termos da r. decisão que decretou custódia cautelar do acusado (...), cujas razões passam a fazer parte integrante da presente (...), agravadas pelo teor da presente condenação, com fundamento no art. 387, § 1º, do mesmo diploma legal não poderá o sentenciado recorrer em liberdade, recomendando-se na prisão em que se encontra". (e-STJ, fl. 26.)

O decreto preventivo, ao qual o magistrado se remete, traz, por sua vez, a fundamentação a seguir:

"Assim, indefiro o pedido formulado pelo Dr. Defensor Público e, nos termos do art. 310, II, do CPP, CONVERTO A PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA, uma vez que, no caso em comento, estão presentes os pressupostos e fundamentos do art. 312, do Código de Processo Penal, quais sejam, a prova da materialidade delitiva e a existência de indícios suficientes de autoria.

Ressalte-se, ainda, que também se encontram presentes os fundamentos da segregação cautelar, ou seja, a garantia da ordem pública, assegurar a instrução criminal e a aplicação da lei penal. Não se pode olvidar de que o conceito de ordem pública abrange não somente a tentativa de se evitar a reiteração delituosa, mas sobretudo o acautelamento social decorrente da repercussão negativa e do estado de intranquilidade efetivamente causado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com a prática de tais delitos." (e-STJ, fl. 78.)

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do *habeas corpus* originário, justificou o regime prisional mais gravoso na natureza grave do delito de tráfico de drogas e sua hediondez e negou a liberdade provisória ao paciente nos termos da vedação contida no art. 44 da Lei de Drogas (e-STJ, fls. 101-108).

A obrigatoriedade do cumprimento inicial em regime fechado aos sentenciados por crime hediondo e a ele equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do disposto no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

Nos termos da Súmula 440 do 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".

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente:

"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."

No presente caso, apesar de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, tanto é que a pena-base foi fixada no mínimo legal e, considerando se tratar de paciente primário, o regime fechado foi fixado pelo Juízo *a quo* sem a apresentação de qualquer fundamentação, configurando patente o constrangimento ilegal, pois, consoante explicitado, a hediondez e a gravidade abstrata do crime não constituem motivação idônea para a fixação de regime mais gravoso. Nesse sentido: HC 275.646/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 03/08/2015; HC 307.913/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 3/3/2015.

Sendo assim, considerando a pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, a primariedade do acusado e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, deveria ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal, o regime semiaberto para cumprimento da pena do ora paciente.

No entanto, nesta fase, faz-se necessário se considerar a possibilidade de aplicação do instituto da detração, nos termos do art. 387, § 2º, do CPP, que permite ao julgador que compute o período em que o paciente permaneceu encarcerado provisoriamente como efetivo cumprimento de pena para a escolha do regime inicial.

No presente caso, consoante já referido, o paciente foi preso em 09/05/2015, tendo permanecido nessa condição, isto é, por quase 6 (seis) meses, até a sua condenação, datada de 03/11/2015.

Como o saldo de pena remanescente é de 3 anos e 8 meses de reclusão (considerando o período em que esteve preso preventivamente), e todos os aspectos favoráveis ao paciente, já acima referidos, é justa a promoção do referido desconto para a escolha do regime inicial apropriado ao réu, *in casu*, o aberto, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

Quanto ao pleito de apelar em liberdade, como é cediço, a prisão cautelar é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, cabendo ao julgador interpretar restritivamente os pressupostos do art. 312 da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processual Penal.

Consoante já referido, o Juiz sentenciante manteve a custódia preventiva do paciente sem apresentar motivação idônea para tanto, baseando-se no decreto construtivo, este amparado apenas na gravidade abstrata do crime, sem alusão a qualquer outro fator apto a justificar a sua manutenção.

Dessa forma, não havendo elementos hábeis a justificar a prisão do réu, há ilegalidade a ser reparada.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo** a ordem, de ofício, a fim de modificar o regime de cumprimento da pena para o aberto e permitir que o paciente **ANDRÉ LUIZ BROCHAS** possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da Ação Penal n. 0000739-92.2015.8.26.0536, salvo se por outro motivo estiver preso.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0069570-8

HC 351.541 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00007399220158260536 20160000028379 22618078120158260000 7399220158260536

EM MESA

JULGADO: 03/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **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 : ANDRE LUIZ BROCHAS (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.