



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 347.549 - SP (2016/0016824-1)**

**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** : FELIPE DA SILVA REIS (PRESO)

### EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DE RECORRER EM LIBERDADE. MANUTENÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA CUSTÓDIA CONSTRITIVA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. PERICULOSIDADE DO RÉU. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MANUTENÇÃO. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO. DETRAÇÃO. REGIME INICIAL. MODIFICAÇÃO. QUESTÕES NÃO ANALISADAS PELO TRIBUNAL *A QUO*. NÃO CONHECIMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *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 gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas não serve de fundamento para a negativa do benefício da liberdade provisória, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 pelo Supremo Tribunal Federal.
3. Hipótese em que a decisão do magistrado de primeiro grau, convolada pelo Tribunal *a quo*, encontra-se fundamentada na garantia da ordem pública, considerando a quantidade e natureza da droga apreendida (40 pedras de *crack*) e demais circunstâncias do crime demonstrativas da gravidade concreta da conduta perpetrada e a periculosidade social do agente.
4. A jurisprudência deste Superior Tribunal permite a negativa ao acusado do direito de recorrer solto da sentença condenatória, se presentes os motivos para a segregação preventiva, mormente em relação ao réu que se manteve preso durante a persecução penal.
5. *In casu*, o Juiz sentenciante, ao impor o regime mais gravoso de cumprimento da pena, o fez com fulcro no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, sem qualquer referência ao período em que o paciente esteve preso cautelarmente para efeito de detração. E o Tribunal *a quo*, embora instado a se manifestar acerca da possibilidade de aplicação do instituto da detração e de alteração do regime inicial de cumprimento da pena, nos termos dos arts. 33 e 59 do Código Penal e 387, § 2º, do Código de Processo Penal, não conheceu do *writ* originário.
6. A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles 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, devendo ser afastada, como fundamento utilizado para o estabelecimento do



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime mais gravoso, a referência relativa à hediondez e à gravidade abstrata do delito.

7. A negativa de análise do mérito da questão pelo Tribunal estadual impede a manifestação desta Corte acerca dos temas referentes à aplicação do instituto da detração e de fixação de novo regime inicial de cumprimento da reprimenda, sob pena de indevida supressão de instância.

8. Necessidade de remessa dos autos ao Tribunal *a quo* para que examine as argumentações da impetrante acerca da apontada ofensa aos arts. 33 e 59 do CP e 387, § 2º, do CPP.

9. *Habeas corpus* **não conhecido**. Ordem **concedida**, de ofício, a fim de determinar o retorno dos autos ao Tribunal *a quo* para que, afastado o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, proceda à análise da possibilidade de aplicação do instituto da detração, com nova fixação do regime inicial para 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, conceder "Habeas Corpus" de ofício e cassar a liminar anteriormente deferida, 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), 17 de maio de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 347.549 - SP (2016/0016824-1)**

**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** : FELIPE DA SILVA REIS (PRESO)

### RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de **FELIPE DA SILVA REIS**, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi preso em flagrante no dia 4/2/2015 pela suposta prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, tendo permanecido preso durante toda a instrução.

Sobreveio sentença que o condenou à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, impossibilitada a conversão da pena por restritiva de direitos e do recurso em liberdade.

Impetrado prévio *writ*, a ordem foi denegada.

Neste *habeas corpus*, a impetrante reitera a argumentação de que o Juiz de 1º grau ignorou a regra do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal ao fixar o regime inicial de cumprimento da pena, bem como deixou de proceder à análise concreta e idônea dos elementos capazes de sustentar a custódia cautelar.

Cogita a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, aduzindo que sua redação deve ser absolutamente desconsiderada como fundamentação para a fixação do regime mais gravoso.

Afirma que o paciente está sob custódia cautelar há mais de 11 (onze) meses, razão pela qual faz jus à detração do tempo de prisão provisória para fins de correta análise do regime inicial de cumprimento da sua pena.

Alega, ainda, que a manutenção da prisão preventiva é desnecessária e ilegal.

Pugna, liminarmente, pelo direito de aguardar o trânsito em julgado da sentença condenatória em liberdade.

No mérito, requer nova fixação do regime inicial de cumprimento da pena, desta vez com fulcro nos arts. 33 e 59 do Código Penal e 387, § 2º, do Código de Processo Penal, e o reconhecimento do direito de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da ação penal.

Liminar deferida para permitir que o paciente aguarde o julgamento do presente *writ* em regime semiaberto (e-STJ, fls. 91-92).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 112-123).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* e pela concessão parcial da ordem, de ofício.

**É o relatório.**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 347.549 - SP (2016/0016824-1)**

**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** : FELIPE DA SILVA REIS (PRESO)

### EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DE RECORRER EM LIBERDADE. MANUTENÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA CUSTÓDIA CONSTRITIVA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. PERICULOSIDADE DO RÉU. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MANUTENÇÃO. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO. DETRAÇÃO. REGIME INICIAL. MODIFICAÇÃO. QUESTÕES NÃO ANALISADAS PELO TRIBUNAL *A QUO*. NÃO CONHECIMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *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 gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas não serve de fundamento para a negativa do benefício da liberdade provisória, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 pelo Supremo Tribunal Federal.
3. Hipótese em que a decisão do magistrado de primeiro grau, convolada pelo Tribunal *a quo*, encontra-se fundamentada na garantia da ordem pública, considerando a quantidade e natureza da droga apreendida (40 pedras de *crack*) e demais circunstâncias do crime demonstrativas da gravidade concreta da conduta perpetrada e a periculosidade social do agente.
4. A jurisprudência deste Superior Tribunal permite a negativa ao acusado do direito de recorrer solto da sentença condenatória, se presentes os motivos para a segregação preventiva, mormente em relação ao réu que se manteve preso durante a persecução penal.
5. *In casu*, o Juiz sentenciante, ao impor o regime mais gravoso de cumprimento da pena, o fez com fulcro no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, sem qualquer referência ao período em que o paciente esteve preso cautelarmente para efeito de detração. E o Tribunal *a quo*, embora instado a se manifestar acerca da possibilidade de aplicação do instituto da detração e de alteração do regime inicial de cumprimento da pena, nos termos dos arts. 33 e 59 do Código Penal e 387, § 2º, do Código de Processo Penal, não conheceu do *writ* originário.
6. A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles 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, devendo ser afastada, como fundamento utilizado para o estabelecimento do regime mais gravoso, a referência relativa à hediondez e à gravidade abstrata do



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delito.

7. A negativa de análise do mérito da questão pelo Tribunal estadual impede a manifestação desta Corte acerca dos temas referentes à aplicação do instituto da detração e de fixação de novo regime inicial de cumprimento da reprimenda, sob pena de indevida supressão de instância.

8. Necessidade de remessa dos autos ao Tribunal *a quo* para que examine as argumentações da impetrante acerca da apontada ofensa aos arts. 33 e 59 do CP e 387, § 2º, do CPP.

9. *Habeas corpus* **não conhecido**. Ordem **concedida**, de ofício, a fim de determinar o retorno dos autos ao Tribunal *a quo* para que, afastado o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, proceda à análise da possibilidade de aplicação do instituto da detração, com nova fixação do regime inicial para cumprimento da pena.

### 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.

Eis o teor de decreto construtivo:

"[...]

No mais, verifica-se dos autos que o investigado foi preso em flagrante delito pela prática do crime de tráfico de drogas, em posse de quarenta e quatro pedras de *crack*, todas embaladas individualmente e prontas para venda, bem como quantia em dinheiro, sendo flagrado comercializando a droga em plena via pública e durante a luz do dia, o que por si já demonstra a periculosidade e ousadia do agente e a inobservância das regras elementares de convivência social, tudo, pois, a caracterizar fundamento idôneo para a decretação da custódia cautelar (STF 2ª Turma, HC nº 98673/SP, Rei. Min. Ellen Gracie, j. 06.10.09; STF - 1ª Turma, HC nº 90710/G0, Rei. Min. Cármen Lúcia, v.u., j. 06.03.07).

Assim, ante tais circunstâncias, presentes os requisitos do art. 282 do CPP, quais sejam, a necessidade da medida para evitar a prática de novos delitos e sua adequação à gravidade do crime, bem como por se revelarem inadequadas ao crime e ao investigado em questão eventuais medidas cautelares diversas da prisão preventiva, nos termos do art. 310, II, do CPP, CONVERTO a prisão em flagrante em prisão preventiva do autuado FELIPE DA SILVA REIS. qualificado nos autos, nos termos do art. 312 do CPP, especialmente visando à garantia da ordem pública, pois "a expressiva quantidade de drogas apreendidas é suficiente para demonstrar a especial gravidade da conduta e a periculosidade concreta do agente, a justificar a medida constritiva para a garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal. " (STJ. RHC 42796 MG 2013/0386714-2 Relatora:



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 12/12/2013, T6 - SEXTA TURMA).

Ademais, o eventual fato de serem primários e de bons antecedentes, com emprego certo e residência fixa, são circunstâncias "que não obstam a prisão cautelar, se presentes os motivos da prisão preventiva" (TJ/SP - Habeas Corpus n.º 258.217-3 - São Paulo - 4ª Câmara Criminal - Relator: Passos de Freitas - 23.06.98 - V.U.)" (e-STJ, fls. 47-48.)

Ao negar o direito ao réu de apelar solto, o magistrado singular salientou o seguinte:

"Ante a condenação supra e tendo em vista que permanecem absolutamente intactas as razões fático-jurídicas que ensejaram a custódia cautelar do réu, nos termos do art. 312 do CPP, conforme a r. decisão que decretou sua prisão preventiva (...), cujos fundamentos passam a fazer parte integrante da presente (STF - HC n.º HC 120366 Ag R/RS; RE n.º 628511 AgR/SP; HC n.º 111831 AgR/MT; RHC n.º 116166/SP; HC n.º 115773 AgR/PE; RHC n.º 120982 AgR/SP), não poderá o réu apelar em liberdade, recomendando-se na prisão onde se encontra." (e-STJ, fl. 24.)

O Tribunal *a quo*, por sua vez, assim decidiu:

"[...] A negativa de recorrer em liberdade é acertada e se justifica por não terem sido trazidas aos autos alterações fáticas que permitissem concluir que a custódia, que já se fazia necessária anteriormente à condenação, deixasse de sê-lo depois do édito condenatório.

[...]

Seria, pois, um contrassenso que, agora, condenado, pudesse o paciente ficar em liberdade. Ademais, o magistrado sentenciante negou o direito ao paciente recorrer em liberdade, alicerçando sua decisão nos termos do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07, restando patente que os motivos que ensejaram a segregação provisória durante a instrução criminal ainda subsistiam (fls. 11/14).

E a resposta estatal, no presente caso, não pode ser outra senão a manutenção da prisão cautelar para a garantia da ordem pública.

[...] (e-STJ, fls. 80-81.)

Cumprido considerar, inicialmente, que a gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas não serve de fundamento para a negativa do benefício da liberdade provisória, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 pelo Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, forçoso convir que a decisão do magistrado de primeiro grau, convolada pelo Tribunal *a quo*, encontra-se fundamentada na garantia da ordem pública, considerando a quantidade e natureza da droga apreendida (40 pedras de *crack*) e demais circunstâncias do crime demonstrativas da gravidade concreta da conduta perpetrada e a periculosidade social do agente. A propósito:

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. CORRUPÇÃO DE MENORES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM CUSTÓDIA PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. GRAVIDADE CONCRETA. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM E SAÚDE PÚBLICA. CONSTRIÇÃO JUSTIFICADA. PRETENDIDA INCIDÊNCIA DE MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. RECLAMO EM PARTE CONHECIDO E NESSE PONTO IMPROVIDO.

1. Não há ilegalidade na manutenção da prisão preventiva quando demonstrado, com base em fatores concretos, que a segregação se mostra necessária, como forma de preservar a ordem pública, fragilizada ante a gravidade das condutas incriminadas.

2. As particularidades fáticas dos presentes autos - réu surpreendido praticando tráfico de entorpecentes junto com menor inimputável, em área conhecida como ponto de venda de drogas controlada pelo Comando Vermelho, tendo sido apreendidas, na ocasião, 30 porções, prontas para serem comercializadas, de cocaína (substância com elevado poder viciante e alucinógeno) - são fatores que bem demonstram a potencialidade lesiva das infrações e a periculosidade social do acusado, autorizando a conclusão pela necessidade da segregação para a garantia da ordem e saúde pública.

3. Primariedade e residência fixa não possuem o condão de revogar a prisão cautelar, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a necessidade da custódia, como ocorre, *in casu*.

4. Vedada a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, da possibilidade de substituição da medida extrema por cautelares diversas, quando a questão não foi analisada no aresto combatido, sob pena de incidir-se em indevida supressão de instância.

5. Recurso em parte conhecido e, nessa extensão, improvido."

(RHC 54.473/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 4/3/2015.)

"RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE DO CRIME E PERICULOSIDADE SOCIAL. ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. EXPRESSIVA QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.

1. A prisão preventiva constitui medida excepcional ao princípio da não culpabilidade, cabível, mediante decisão devidamente fundamentada, quando evidenciada a existência de circunstâncias que demonstrem a necessidade da medida extrema, nos termos dos arts. 312 e seguintes do Código de Processo Penal.

2. Não carece de fundamentação idônea o decreto de prisão preventiva que evidencia a necessidade da medida extrema para a garantia da ordem pública, diante da gravidade concreta da conduta típica em tese praticada. Na espécie, as instâncias ordinárias fundamentaram a custódia cautelar na expressiva quantidade e natureza das drogas apreendidas (68 porções de cocaína e 12 porções de *crack*), além do fato de já constar da FAC o envolvimento anterior com drogas, a revelar a periculosidade social do recorrente. Precedentes.

3. Recurso em *habeas corpus* improvido."

(RHC 60.016/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 4/8/2015.)



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, a jurisprudência deste Superior Tribunal permite a negativa ao acusado do direito de recorrer solto da sentença condenatória, se presentes os motivos para a segregação preventiva, mormente em relação ao réu que se manteve preso durante a persecução penal.

Nesse sentido, confira-se:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO. PROIBIÇÃO DE RECORRER EM LIBERDADE. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. RÉU QUE OSTENTA REGISTRO ANTERIOR PELA PRÁTICA DE DELITO IDÊNTICO. REITERAÇÃO CRIMINOSA. RISCO CONCRETO. PERICULOSIDADE SOCIAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. ALEGADA DESPROPORCIONALIDADE DA PRISÃO. INOCORRÊNCIA. MEDIDAS ALTERNATIVAS. SUPRESSÃO. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. RECLAMO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA PARTE, IMPROVIDO.

[...]

3. Verificando-se que há sentença condenatória proferida, em que foram avaliadas todas as circunstâncias do evento criminoso e as condições pessoais do réu, julgando-se necessária a manutenção da prisão preventiva, e constatando-se que permaneceu custodiado durante toda a instrução criminal, ausente ilegalidade a ser sanada.

4. Condições pessoais favoráveis, mesmo que comprovadas, não teriam, em princípio, o condão de, isoladamente, ensejar a revogação da prisão preventiva, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a necessidade da custódia antecipada.

5. A medida extrema não se apresenta desproporcional em relação à condenação, diante da imposição de regime fechado pela existência de reincidência.

6. Impossível a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, da possibilidade de substituição da medida extrema pela cautelar da fiança, tendo em vista que tal questão não foi analisada no aresto combatido.

7. Recurso ordinário conhecido em parte e, na extensão, improvido."

(RHC 67.154/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 8/3/2016, DJe 16/3/2016.)

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. PRESO DURANTE TODO O PROCESSO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REAL POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. CONDENAÇÃO ANTERIOR POR DELITO DA MESMA ESPÉCIE, SEM O TRÂNSITO EM JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

- Ação penal em curso por delito da mesma espécie constitui elemento capaz de demonstrar o risco concreto de reiteração delituosa, justificando a





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública. Precedentes.

- Não se mostra ilegal a negativa do direito de recorrer em liberdade ao réu que permaneceu preso durante todo o processo, sobretudo quando persistem os motivos ensejadores da custódia cautelar. Precedentes.

- Verificada a necessidade a prisão cautelar, mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, pois insuficientes para resguardar a ordem pública.

- *Recurso desprovido.* (RHC 59.685/MG, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO – Desembargador Convocado do TJ/SP –, Sexta Turma, julgado em 23/6/2015, DJe 3/8/2015)

2. No presente caso, a prisão preventiva está devidamente justificada, em razão dos antecedentes criminais do paciente e das circunstâncias concretas do crime - o recorrente foi preso em flagrante com 11 (onze) papелotes de cocaína e outros 5 (cinco) de maconha, os quais estavam em condições propícias a serem comercializados, devido às formas de embalagem, além da quantia de R\$ 180,00 (cento e oitenta reais) - fatores que demonstram a necessidade da prisão preventiva para a garantia da ordem pública.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, as condições pessoais favoráveis, como primariedade, residência fixa e trabalho lícito não são suficientes para assegurar a liberdade, quando há elementos concretos a justificar a prisão cautelar.

4. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento."

(RHC 52.448/MS, Rel. Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, Desembargador Convocado do TJ/SP, QUINTA TURMA, DJe 12/12/2014.)

Desse modo, considero demonstrado o *periculum libertatis* necessário à preservação da prisão cautelar, não havendo que falar em carência de fundamentação idônea, tampouco em não ocorrência dos requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP.

Relativamente às demais alegações, verifica-se que o Juiz sentenciante, ao impor o regime mais gravoso de cumprimento da pena, o fez com fulcro no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 (e-STJ, fl. 23), sem qualquer referência, ainda, ao período em que o paciente esteve preso cautelarmente para efeito de detração.

No julgamento do *writ* originário, embora instado a se manifestar acerca da possibilidade de aplicação do instituto da detração e de alteração do regime inicial de cumprimento da pena, nos termos dos arts. 33 e 59 do Código Penal e 387, § 2º, do Código de Processo Penal, o Tribunal *a quo* não conheceu do *writ* nesta parte, atendo-se, conforme já referido, a decidir acerca da impossibilidade de o paciente recorrer em liberdade.

Antes de mais nada, cumpre destacar que a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles 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.

Sendo assim, deve ser afastada, como fundamento utilizado para o estabelecimento do regime mais gravoso, a referência relativa à hediondez e à gravidade abstrata do delito.

Ademais, a negativa de análise do mérito da questão pelo Tribunal estadual impede a manifestação desta Corte acerca dos temas ora suscitados referentes à aplicação do instituto da detração e de fixação de novo regime inicial de cumprimento da reprimenda, sob pena



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de indevida supressão de instância.

Sendo assim, faz-se necessária a remessa dos autos à Corte *a quo* para que examine as argumentações da impetrante acerca da apontada ofensa aos arts. 33 e 59 do CP e 387, § 2º, do CPP.

A esse respeito, o seguinte julgado:

"EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. LIVRAMENTO CONDICIONAL. FALTA GRAVE. INTERRUÇÃO, OU NÃO, DA CONTAGEM DO LAPSO TEMPORAL PARA OBTENÇÃO DA BENESSE. QUESTÃO NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INVIABILIDADE DE ANÁLISE DO TEMA POR ESTA CORTE, SOB PENA DE INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO APENAS PARA DETERMINAR AO TRIBUNAL ESTADUAL QUE ANALISE O MÉRITO DO HC N. 0002429-18.2015.8.26.0000.

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

2. Na hipótese, verifica-se que o Tribunal estadual não conheceu do *habeas corpus* impetrado na origem (HC n. 0002429-18.2015.8.26.0000), por ser substitutivo de recurso próprio.

3. A negativa de análise da questão pela Corte *a quo* impede qualquer manifestação deste Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância.

4. Nesse contexto, a solução passa pelo retorno dos autos ao Tribunal de origem para que examine a fundamentação expendida pela impetrante, relativa ao cumprimento dos requisitos objetivo e subjetivo concernentes ao livramento condicional, como entender de direito.

5. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para determinar que o Tribunal *a quo* analise o mérito do HC n. 0002429-18.2015.8.26.0000."

(HC 342.417/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe 01/02/2016.)

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. **Concedo** a ordem, de ofício, a fim de determinar o retorno dos autos ao Tribunal *a quo* para que, afastado o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, proceda à análise das alegações da impetrante acerca da possibilidade de aplicação do instituto da detração, com nova fixação do regime inicial para cumprimento da pena.

**Casso** a liminar anteriormente deferida.

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0016824-1

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 347.549 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00019877620158260477 19877620158260477 20150000902626 22241986420158260000  
63815 6382015

EM MESA

JULGADO: 17/05/2016

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

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 : FELIPE DA SILVA REIS (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, concedeu "Habeas Corpus" de ofício e cassou a liminar anteriormente deferida, 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.