



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.088 - SP (2015/0133131-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : ROBERTO RIVELINO DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : ROBERTO RIVELINO DE O. SOUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BIATRIZ DE ALMEIDA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE CONDENÇÃO. NEGATIVA DO APELO EM LIBERDADE. MESMOS FUNDAMENTOS. REQUISITOS PARA A CONSTRIÇÃO. PRESENÇA. NEGATIVA DE AUTORIA. INVIABILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. INGRESSO DE DROGA NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. EXPRESSIVA QUANTIDADE DO TÓXICO APREENDIDO. GRAVIDADE DA CONDUTA INCRIMINADA. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM E SAÚDE PÚBLICA. RESGUARDO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA. PRISÃO CAUTELAR DEVIDA E JUSTIFICADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. O STF passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi aqui adotado, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. Para a decretação da prisão preventiva não se exige prova concludente da autoria delitiva, reservada à condenação criminal, mas apenas indícios suficientes desta, que se fazem presentes, tanto que a ré findou condenada.

3. A análise acerca da negativa de autoria é questão que não pode ser dirimida em sede de *habeas corpus*, por demandar o reexame aprofundado das provas colhidas, vedado na via sumária eleita, devendo agora ser solucionada pela Corte originária, no julgamento do apelo defensivo.

4. Não há ilegalidade na manutenção da prisão preventiva quando demonstrado que se mostra necessária, dada a gravidade concreta da conduta incriminada, reveladora da ousadia da agente.

5. Caso em que a paciente, a despeito da existência de forte vigilância no local, ingressou em penitenciária na posse de expressiva quantidade de maconha, que seria entregue ao seu filho, que lá cumpria pena, autorizando a pronta resposta estatal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para o resguardo da ordem pública, especialmente da população carcerária.

6. A orientação pacificada nesta Corte Superior é no sentido de que não há lógica em deferir ao condenado o direito de recorrer solto quando permaneceu segregado durante a persecução criminal, se persistentes os motivos para a preventiva.

7. Condições pessoais favoráveis não tem o condão de revogar a prisão cautelar, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a sua necessidade.

8. Concluindo as instâncias ordinárias pela necessidade da preventiva, resta clara a insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão.

9. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de novembro de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.088 - SP (2015/0133131-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : ROBERTO RIVELINO DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : ROBERTO RIVELINO DE O. SOUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BIATRIZ DE ALMEIDA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* em benefício de BIATRIZ DE ALMEIDA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a ordem visada no HC n. 2050614-53.2015.8.26.0000, mantendo a prisão preventiva da paciente nos autos da ação penal em que restou denunciada pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, c/c art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que não teria sido apresentada fundamentação idônea para a manutenção da custódia cautelar da agente.

Alega que a acusada não tinha conhecimento de a refeição que levava para o filho no presídio continha a substância entorpecente apreendida, havendo nos autos declaração de terceira pessoa - a que preparou a refeição - admitindo a autoria da conduta e isentando-a de qualquer responsabilidade.

Defende que a Corte Estadual teria proferido duas decisões, totalmente contraditórias: uma para manter a segregação da paciente e outra para lhe conceder as medidas cautelares alternativas, a qual deveria prevalecer.

Enfatiza tratar-se de paciente primária, com bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita, predicados que lhe permitiriam responder ao processo em liberdade.

Requer, assim, a concessão da ordem, com a revogação da prisão preventiva da paciente.

O Ministério Público opinou pelo não conhecimento do *writ* ou, se conhecido, pela denegação da ordem.

Solicitadas informações, foram devidamente prestadas, noticiando a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Corte Estadual que *"embora conste dos autos decisum concedendo a ordem, o qual foi registrado sob o número 2015.0000360824, o mesmo foi tornado sem efeito em 1-6-2015"* (fls. 185), bem como que sobreveio sentença condenando a ré, nos termos da denúncia, ao cumprimento de 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 388 (trezentos e oitenta e oito) dias-multa, fixado o regime fechado para o desconto da sanção, oportunidade em que lhe foi negado o direito de recorrer solta (fls. 259).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.088 - SP (2015/0133131-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): De se destacar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 109.956/PR, buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e dos artigos 30 a 32 da Lei n. 8.038/90, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário perante aquela Corte em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que passou ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que fosse restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

Assim, insurgindo-se a impetração contra acórdão do Tribunal de origem que denegou a ordem pleiteada no prévio *writ*, mostra-se incabível o manejo do *habeas corpus* originário, já que não configurada nenhuma das hipóteses elencadas no artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, razão pela qual não merece conhecimento.

Entretanto, o constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

Compulsando-se os autos infere-se que a paciente **foi presa em flagrante no dia 7-3-2015**, convertida a prisão em preventiva, e restou denunciada pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c/c art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, porque trazia consigo, nas dependências de estabelecimento prisional, 1 (um) tijolo de maconha, pesando aproximadamente 214 g (duzentos e catorze gramas), escondido dentro da refeição que a acusada levava para entregar ao seu filho, que lá cumpria pena.

Quanto aos fatos, narra a denúncia o seguinte:

Segundo o apurado, nas circunstâncias de tempo e local acima descritas, os agentes penitenciários Alexandre Antunes Vieira e Fabricio Fogaça Bianchi realizavam vistoria nos pertences e vasilhames das visitantes que pretendiam entrar no estabelecimento prisional acima mencionado. Para a realização da vistoria, os agentes penitenciários utilizavam-se de um aparelho de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

raio x.

A denunciada BIATRIZ compareceu em aludido estabelecimento prisional dizendo que pretendia visitar to seu filho Edjanio Almeida dos Santos, detento da referida penitenciária. A acusada trazia consigo uma vasilha contendo "macarronada" em seu interior.

No momento em que o agente penitenciário Alexandre passou a vasilha que a denunciada trouxe consigo pelo aparelho raio-x, constatou que havia algo em formato de tijolo junto ao alimento. Ato continuo, ele pegou uma faca e removeu seu conteúdo quando, então, logrou êxito em localizar, misturado ao macarrão, um "tijolo" de "maconha" (fls. 09/11) envolto em plástico na cor branca.

Indagada pelos agentes penitenciários, BIATRIZ disse que não sabia da existência da droga, pois não foi ela que preparou a macarronada, recusando-se a dizer quem teria preparado o alimento. Afirmou, ainda, não saber a quem a droga se destinava. (fls. 41 e 42)

Verifica-se que o Juízo singular converteu a prisão em flagrante em preventiva porquanto a entendeu necessária sobretudo para a garantia da ordem pública, dada a gravidade objetiva da conduta imputada à acusada, concluindo pela insuficiência das medidas cautelares alternativas (fls. 195).

Formulado pedido de liberdade provisória, restou o pleito indeferido, por considerar o Togado que persistiam motivos que ensejaram a imposição da custódia processual, ressaltando que *"a forma de agir da indiciada, levando alimento com entorpecente para entrega no interior da penitenciária, mesmo sabendo do procedimento que seria utilizado para revista, sem se intimidar com isso, denota que, solta, poderá voltar a delinquir, acreditando na impunidade de sua conduta"* (fls. 110).

Enfatizou-se, na ocasião, que *"primariedade, bons antecedentes e residência fixa não obrigam a liberdade, mormente porque a indiciada não tem domicílio no distrito da culpa e outras medidas não se mostram adequadas para salvaguardar a ordem pública, a instrução processual e a aplicação da lei penal"* (fls. 110).

A Corte de Origem, apreciando pedido de *habeas corpus* lá aforado antes da prolação da sentença condenatória, entendendo suficiente e fundamentada a decisão de primeiro grau, denegou a ordem, porquanto *"o delito noticiado revela intensa periculosidade da paciente, denotando a necessidade de sua prisão para a garantia da ordem pública"* (fls. 164), sendo *"irrelevantes a primariedade e os bons antecedentes do agente, que são atributos esperados de qualquer cidadão"* (fls. 165).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Destacou o Órgão Colegiado que *"para a manutenção da segregação cautelar, ainda que se considerem necessários maiores indícios do que aqueles suficientes para o recebimento da denúncia, não é necessária a mesma certeza da autoria que é exigida para a prolação de sentença condenatória"* (fls. 164), ressaltando que *"no caso dos autos, tais indícios são suficientes, consubstanciando-se pelas circunstâncias da prisão e forma de acondicionamento da droga, podendo-se concluir, em tese, que havia a prática do comércio espúrio de entorpecente pela paciente"* (fls. 164).

Por fim, concluiu-se que *"se afigura inviável a substituição da prisão preventiva por outras medidas cautelares, previstas na Lei nº 12.403/11, até porque, conforme já ressaltado, se fazem presentes os requisitos da prisão cautelar"* (fls. 166).

Das informações prestadas pelo Tribunal de origem verifica-se que, embora realmente constasse dos autos principais acórdão concedendo a ordem no *habeas corpus* originariamente ajuizado - como alegado pelo impetrante -, diante do equívoco, a Corte Estadual tornou referido aresto sem efeito, já que a conclusão da Câmara Criminal foi efetivamente pela denegação da ordem, veja-se:

Em atenção à solicitação de Vossa Excelência, esclareço que o Habeas Corpus nº 2050614-53.2015.8.26.0000 foi impetrado nesta Casa pela Defesa da ora paciente objetivando a revogação da custódia cautelar, decorrente de conversão de prisão em flagrante por infração ao art. 33, caput, ao art. 35 caput, e ao art. 40, III, todos da Lei nº 11.343/06, nos autos do Processo nº 0000190-74.2015.8.26.0571, da Vara Única da Comarca de Porangaba.

A Décima Sexta Câmara de Direito Criminal, aos 26 de maio de 2015, por unanimidade, denegou ordem à impetração.

Cientificada a Procuradoria Geral de Justiça, o feito está em fase de intimação pessoal da Defensora Pública do teor do aresto registrado sob o número 2015.0000379208, o qual foi disponibilizado aos 09 de junho de 2015 no Diário da Justiça Eletrônico.

Anoto que, embora conste dos autos decisum concedendo a ordem, o qual foi registrado sob o número 2015.0000360824, o mesmo foi tornado sem efeito em 01 de junho de 2015. (fls. 185)

Assim, não há coação ilegal a ser sanada quanto ao ponto.

Constata-se ainda dos informes do Tribunal originário que, **em 29-7-2015**, sobreveio a prolação de sentença nos autos da ação penal em questão, condenando a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente à pena de 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, por infração ao art. 33, *caput* e § 4º, c/c art. 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/06, oportunidade em que lhe foi negado o direito de recorrer solta, diante da persistência dos motivos que ensejaram a preventiva, veja-se:

[...], não será possível o recurso em liberdade, mantendo-se a prisão preventiva pelos próprios fundamentos [...]. (fls. 224)

Cumpre esclarecer que o advento de sentença condenatória não enseja a prejudicialidade do *mandamus* no ponto relacionado à fundamentação da prisão preventiva, uma vez que, segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Sodalício, há novo título prisional quando se agregam novos motivos para a manutenção da prisão cautelar por ocasião da sentença. Quando os fundamentos que levaram à manutenção da preventiva foram os mesmos apontados por ocasião da decisão primeva, que se entendeu persistirem, não há o que se falar em prejudicialidade do remédio constitucional.

Nesse sentido, pode-se colacionar, da Corte Suprema:

Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE MANTÉM OS FUNDAMENTOS DA CUSTÓDIA CAUTELAR. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Segundo a jurisprudência do STF, não há perda de objeto do habeas corpus quando a sentença condenatória superveniente mantém a custódia cautelar pelos mesmos fundamentos do decreto de prisão preventiva originário. Não há razão lógica e jurídica para obrigar a defesa a renovar o pedido de liberdade perante as instâncias subsequentes, impondo-lhe a obrigação de impugnar novamente os mesmos fundamentos que embasaram a custódia cautelar. O que acarreta a prejudicialidade da impetração é a sentença posterior que invoca motivação diversa do decreto prisional anterior. Precedentes.

2. Não revela suficiente, para impedir o exame da impetração, a alegação genérica e automática de que a sentença condenatória superveniente configura o surgimento de um novo título prisional (agora respaldado nos elementos de prova colhidos na instrução criminal), pois os argumentos da espécie não guardam, evidentemente, pertinência com os pressupostos de cautelaridade inerentes à prisão preventiva (art. 312 do CPP).

3. No caso, o Min. Relator do Superior Tribunal de Justiça julgou prejudicado o pedido de habeas corpus, sob o fundamento de que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a superveniência de novo título teria inaugurado "situação processual nova, diversa da apresentada à autoridade responsável pela constrição". Entretanto, a sentença condenatória manteve a segregação cautelar do paciente sob os mesmos do decreto de prisão preventiva anterior.

4. Ordem concedida para que o Superior Tribunal de Justiça apresente o habeas corpus a novo julgamento.

(HC 119183, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 25/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-071 DIVULG 09-04-2014 PUBLIC 10-04-2014)

E, deste Superior Tribunal:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ROUBO MAJORADO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR PELOS MESMOS FUNDAMENTOS DO DECRETO PREVENTIVO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. COMPATIBILIDADE ENTRE A PRISÃO PREVENTIVA E REGIME SEMIABERTO, CUJO CUMPRIMENTO DEVE SER EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

[...]

2. A ação constitucional de habeas corpus e o recurso em habeas corpus que questionam o decreto de prisão preventiva não se encontram prejudicados, pela superveniência de novo de título, se a sentença penal condenatória mantém a constrição cautelar, sem agregar fundamentos novos.

3. O entendimento adotado pelas instâncias ordinárias não comporta reparos, sendo pertinente a manutenção da prisão preventiva sub judice como forma de resguardar a ordem pública, nos exatos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, sobretudo em razão da gravidade concreta da conduta. A Paciente e Corréus foram presos em flagrante após roubaram um automóvel, ocasião em que tentaram fugir da Polícia Rodoviária jogando o veículo na direção dos milicianos.

4. As condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, desconstituir a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema.

5. "Esta Corte Superior orienta que há compatibilidade entre a prisão cautelar e o regime inicial semiaberto, fixado na sentença condenatória recorrível, devendo, contudo, cumprir a respectiva pena" (HC 289.636/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. MOURA RIBEIRO, DJe de 23/05/2014).

6. Ordem de habeas corpus não conhecida, recomendando que a Paciente permaneça custodiada em estabelecimento penal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

compatível com o regime prisional semiaberto.

(HC 282.149/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 02/09/2014)

Quanto aos requisitos para a preventiva, certo que para a sua decretação não se exige prova concludente da autoria delitiva, reservada à condenação criminal, mas apenas indícios suficientes desta, que, pelo cotejo dos elementos que instruem o *writ*, se fazem presentes, **tanto que a paciente findou condenada ao final da instrução criminal.**

De mais a mais, a tese de fragilidade das provas quanto à imputação criminosa é questão que não pode ser dirimida na via sumária do *habeas corpus*, por demandar o reexame aprofundado das provas coletadas no curso da instrução criminal, devendo ser solucionada na sede própria, qual seja, na ação penal a que responde e pelo Togado singular que, frise-se, já concluiu pela culpabilidade do recorrente, **devendo agora ser a questão reexaminada pela Corte originária, quando do julgamento do apelo defensivo.**

Nesse sentido, confira-se:

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE DO PACIENTE. INTEGRANTE DO PRIMEIRO COMANDO DA CAPITAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DENÚNCIA GENÉRICA. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA NO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NEGATIVA DE AUTORIA. VIA INADEQUADA. REEXAME DE PROVAS. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.

2. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, toda custódia imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige concreta fundamentação, nos termos do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

3. Hipótese em que a custódia cautelar foi decretada e mantida para o resguardo da ordem pública, em razão da periculosidade do paciente e seu envolvimento permanente com a organização criminosa denominada PCC - Primeiro Comando da Capital.

4. Não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida, tratando-se de acusado associado para "organizar atividades criminosas na cidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Avaré e região relacionadas ao tráfico de entorpecentes e roubos".

5. No tocante às alegações de que a denúncia não especifica as condutas do paciente de acordo com o diploma legal, a matéria não foi examinada pela Corte de origem no acórdão guerreado, não podendo ser enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

6. Não se mostra possível, na via estreita do habeas corpus, avaliar a negativa de autoria do delito, procedimento que demanda o exame aprofundado das provas carreadas aos autos, o que será feito pelo magistrado de primeiro grau por ocasião da sentença.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 230.335/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 30/04/2014)

Quanto aos fundamentos, verifica-se que a segregação encontra-se devidamente justificada com base no art. 312 do CPP, diante da necessidade de acautelamento da ordem e saúde da pública, especialmente da população carcerária, diante das circunstâncias em que ocorridos os fatos criminosos.

Como orienta a doutrina, a prisão preventiva pode ser ordenada "*para fins externos à instrumentalidade, associada à proteção imediata, não do processo em curso, mas do conjunto de pessoas que se há de entender como sociedade. [...] A modalidade de prisão, para cumprimento desta última finalidade, seria a prisão para garantia da ordem pública*", "*quando se tutelar, não o processo, mas o risco de novas lesões ou reiteração criminosa*", deduzidos, a princípio, da natureza e gravidade do crime cometido e da personalidade do agente (Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência, *Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer*, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2012).

Ora, no caso em apreço, constata-se que a **considerável quantidade da droga** apreendida é fator que, somado às circunstâncias em que se deu a prisão em flagrante, a revelar a ousadia da paciente que, a despeito da existência de forte vigilância no local, ingressou em penitenciária na posse da droga, que seria repassada ao seu filho, que lá cumpria pena, evidenciam que a manutenção da prisão preventiva encontra-se justificada e é realmente necessária para preservar a ordem pública e, conseqüentemente acautelar o meio social. Ou seja, bem demonstrado o *periculum libertatis* exigido para a ordenação e preservação da prisão cautelar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O tráfico de entorpecentes - crime que, embora não cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, é de perigo abstrato (para alguns doutrinadores, de perigo concreto indeterminado), já que o risco para o bem jurídico protegido é presumido por lei, ou seja, independe de seu resultado concreto sobre a saúde de eventuais usuários - a periculosidade social do agente pode ser aferida pelas circunstâncias em que se deu a ação criminosa, da qual se pode concluir, ainda, se há ou não risco de reiteração delitiva.

Não se trata de presumir a periculosidade do agente, ou mesmo a probabilidade da prática de novas infrações, a partir de meras ilações ou conjecturas desprovidas de base empírica concreta - essa atitude sim, constantemente desautorizada por este Superior Tribunal de Justiça em seus inúmeros precedentes - mas de avaliar a periculosidade exigida para a imposição da medida cautelar constritiva pelas circunstâncias que cercaram o delito.

Retirar-se essa avaliação do julgador, ou mesmo entender que a descrição da forma como ocorreu o crime seria apenas uma tradução da conduta intrínseca ao tipo penal violado, como já assinalou o Supremo Tribunal Federal, não se mostra consentâneo com a cautelaridade do instituto da prisão preventiva.

Com efeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que: *"O entendimento de que o fato criminoso em si não pode ser valorado para decretação ou manutenção da prisão cautelar não é consentâneo com o próprio instituto da prisão preventiva, já que a imposição desta tem por pressuposto a presença de prova da materialidade do crime e de indícios de autoria. Se as circunstâncias concretas da prática do crime revelam a periculosidade do agente e o risco de reiteração delitiva e, por conseguinte, à ordem pública, justificada está a decretação ou a manutenção da prisão cautelar, desde que igualmente presentes boas provas da materialidade e da autoria"* (RHC 106.697, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 03/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 11-05-2012 PUBLIC 14-05-2012).

Confira-se, a propósito, os seguintes precedentes desta Corte Superior de Justiça:

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DROGAS. PRISÃO CAUTELAR. DECISÃO ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADA. GRAVIDADE CONCRETA. GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. ORDEM PÚBLICA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, toda custódia imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige concreta fundamentação, nos termos do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

2. **Hipótese em que não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. A custódia cautelar foi decretada pelas instâncias ordinárias em razão da gravidade concreta do delito perpetrado, caracterizado pela grande quantidade da droga apreendida - 300 g (trezentos gramas) de maconha.**

3. Recurso a que se nega provimento.

(RHC 49.458/MT, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/09/2014, DJe 26/09/2014)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. NECESSIDADE DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEMONSTRADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO DESPROVIDO.

1. **A manutenção da custódia cautelar encontra-se suficientemente fundamentada, em face das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, in concreto, a periculosidade da agente, uma vez que o Juízo Singular ressaltou o modus operandi do delito, em especial o fato de a Recorrente ter sido surpreendida quando tentava entrar em um presídio, na posse de 40 gramas de maconha escondidos em seu corpo, no intuito de entregá-los ao seu companheiro e a outro detento.**

2. Recurso desprovido.

(RHC 33.457/TO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2013, DJe 25/11/2013)

Assim, verificando-se que agora há sentença condenatória proferida, em que foram avaliadas todas as circunstâncias do evento criminoso e as condições pessoais da ré, julgando-se necessária a manutenção da prisão preventiva, e constatando-se que permaneceu custodiada durante toda a instrução criminal, não se vislumbra ilegalidade a ser sanada por este Superior Tribunal.

Com efeito, a orientação pacificada nesta Corte Superior é no sentido de que não há lógica em deferir ao condenado o direito de recorrer solto quando permaneceu preso durante a persecução criminal, se presentes os motivos para a segregação preventiva, como ocorre *in casu*.

A propósito:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. ROUBO MAJORADO TENTADO. PRISÃO CAUTELAR MANTIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. RÉU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO. PERSISTÊNCIA DOS MOTIVOS QUE ENSEJARAM A SEGREGAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 3. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 4. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. No caso, constatado que o paciente respondeu preso a todo o processo, a exigência de fundamentação exaustiva e a possibilidade do recurso em liberdade devem ser avaliadas com excepcional prudência. Ora, se os elementos apontados no decreto construtivo foram suficientes para manter a medida excepcional em momento processual em que existia somente juízo de cognição provisória e sumária acerca da responsabilidade criminal do acusado, com a prolação do édito condenatório precedido de amplo contraditório, no qual as provas foram analisadas por órgão judiciário imparcial, é de todo incoerente reconhecer ao condenado o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado do processo quando inalterados os motivos ensejadores da medida. Noutras palavras, é incompatível com a realidade processual manter o acusado preso durante a instrução e, após a sua condenação, preservado o quadro fático-processual decorrente da custódia cautelar, assegurar-lhe a liberdade; afinal, assim como já assinalou o Supremo Tribunal Federal, trata-se de situação em que enfraquecida está a presunção de não culpabilidade, pois já emitido juízo de certeza acerca dos fatos, materialidade, autoria e culpabilidade, ainda que não definitivo.

3. Constatado que o pedido de alteração do regime prisional não foi analisado pelo Tribunal a quo no julgamento do writ originário, fica esta Corte impedida de examinar a questão, sob pena de incorrer em vedada supressão de instância. Ademais, o tema deve ser apreciado no recurso de apelação já interposto.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 279.487/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 08/05/2014, DJe 14/05/2014)

Destaca-se ainda que, consoante orientação jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, as alegadas condições pessoais favoráveis não teriam o condão de, isoladamente, desconstituir a prisão preventiva, quando há nos autos elementos hábeis que autorizam a manutenção da medida extrema, como ocorre na espécie.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, concluindo as instâncias ordinárias pela imprescindibilidade da preventiva, resta clara a insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão, uma vez que, além de haver motivação apta a justificar o sequestro corporal a bem da ordem pública, a sua aplicação não se mostraria adequada e suficiente, diante da presença do *periculum libertatis*, bem demonstrado na espécie.

Como reiteradamente vem decidindo esta Corte Superior: *"Demonstrada a necessidade concreta da custódia provisória, a bem do resguardo da ordem pública, as medidas cautelares alternativas à prisão, introduzidas pela Lei n.º 12.403/2011, não se mostram suficientes e adequadas à prevenção e à repressão do crime"* (HC 261.128/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 29/04/2013).

Dessa forma, presentes os pressupostos e motivos autorizadores da custódia cautelar, elencados no art. 312 do CPP, não se vislumbra o alegado constrangimento ilegal a ser sanado de ofício por este Superior Tribunal quanto ao ponto.

Diante do exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do *habeas corpus* substitutivo.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0133131-2

HC 326.088 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20150000360824 20150000379208 20506145320158260000

EM MESA

JULGADO: 17/11/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ROBERTO RIVELINO DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : ROBERTO RIVELINO DE O. SOUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BIATRIZ DE ALMEIDA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Liberdade Provisória

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."

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