



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 467.905 - SP (2018/0229946-1)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : RONALDO ORTIZ SALEMA
ADVOGADO : RONALDO ORTIZ SALEMA - SP193475
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO JULIAO LUCCHESI (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ENVOLVIMENTO DE MENOR. PLEITO DE FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APELAÇÃO PENDENTE DE JULGAMENTO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NEGADO O DIREITO A RECORRER EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. VARIEDADE, QUANTIDADE E NATUREZA DELETÉRIA DAS DROGAS APREENDIDAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. REINCIDÊNCIA. REITERAÇÃO DELITIVA. NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO DO PROCESSO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O pleito de modificação do regime prisional não foi objeto de exame pela Corte de origem no acórdão impugnado, eis que pendente de apreciação recurso de apelação criminal interposto pela defesa, o que obsta a sua análise por este Tribunal Superior, sob pena de se incidir em indevida supressão de instância. Precedentes.

3. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal – CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP.

4. No caso dos autos, tanto a prisão preventiva, quanto sua manutenção na sentença condenatória foram adequadamente motivadas, tendo sido demonstrada pelas instâncias ordinárias, com base em elementos extraídos dos autos, a gravidade concreta da conduta, a periculosidade do paciente e o risco de reiteração delitiva, evidenciados pela quantidade, variedade e natureza deletéria das drogas apreendidas – 214 pinos de cocaína pesando 290g, 17 porções de maconha com peso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

43g e 4 pedras de *crack* pesando 1,3g –, circunstâncias que, somado ao envolvimento de menor na empreitada criminosa e ao fato de o paciente ser reincidente, revelam risco ao meio social, recomendando-se a sua custódia cautelar para garantia da ordem pública.

5. Tendo o paciente permanecido preso durante toda a instrução processual, não deve ser permitido recorrer em liberdade, especialmente porque, inalteradas as circunstâncias que justificaram a custódia, não se mostra adequada a soltura dele depois da condenação em Juízo de primeiro grau.

6. É entendimento do Superior Tribunal de Justiça que as condições favoráveis do paciente, por si sós, não impedem a manutenção da prisão cautelar quando devidamente fundamentada.

7. Inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública.

Habeas corpus não conhecido.

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.

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

Brasília, 18 de outubro de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 467.905 - SP (2018/0229946-1)

IMPETRANTE : RONALDO ORTIZ SALEMA
ADVOGADO : RONALDO ORTIZ SALEMA - SP193475
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO JULIAO LUCCHESI (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de MARCELO JULIAO LUCCHESI contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento do *Habeas Corpus* n. 2158361-57.2018.8.26.0000.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33 c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas), às penas de 8 anos e 2 meses de reclusão, em regime fechado e 816 dias-multa, tendo o Magistrado sentenciante negado o direito de recorrer em liberdade, mantendo a prisão preventiva.

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o tribunal de origem, o qual denegou a ordem em acórdão assim ementado:

"Habeas corpus. TRÁFICO DE DROGAS ENVOLVENDO ADOLESCENTE. Remédio heroico que veicula inconformismo em face da sentença de 1º Grau, quanto ao regime inicial de cumprimento de pena e ao indeferimento da substituição por restritivas de direitos. Inadequação da via eleita. Matérias que devem ser apreciadas em sede de apelação, recurso legalmente cabível já interposto e que está em processamento nesta Instância. Inaceitável a utilização do writ como sucedâneo de recurso próprio e com o escopo de revisar sentença condenatória. Direito de recorrer em liberdade. Inadmissibilidade. Ordem pública que se mostra ameaçada. Ademais, o paciente respondeu preso a todo o curso da instrução, é reincidente e foi condenado ao cumprimento de pena em regime inicial fechado. Decisão que fundamenta as posições nela adotadas, não incorrendo em teratologia, nem importando em evidente constrangimento ilegal. Ordem denegada." (fl. 67).

Na presente impetração, sustenta que a sentença não apresentou fundamentação idônea para a manutenção da prisão preventiva, reputando ausentes os requisitos autorizadores da constrição antecipada, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal – CPP. Invoca o princípio da presunção de inocência.

Alega que o regime inicial de cumprimento de pena foi fixado com base



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tão somente na gravidade abstrata do delito, a qual não seria motivação apta para a imposição do modo mais gravoso.

Requer, em liminar e no mérito, que seja concedido ao paciente o direito de recorrer em liberdade.

Liminar indeferida às fls. 76/77.

Informações prestadas às fls. 83/84, 111/112.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (fls. 128/133).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 467.905 - SP (2018/0229946-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

Inicialmente, verifica-se que o pleito de modificação do regime prisional não foi objeto de exame pela Corte de origem no acórdão impugnado, eis que pendente de apreciação recurso de apelação criminal interposto pela defesa, o que obsta a sua análise direta por este Tribunal Superior, sob pena de se incidir em indevida supressão de instância.

Nesse sentido, os precedentes:

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. DETRAÇÃO PENAL. PRISÃO CAUTELAR. DEBATE NA ANTERIOR INSTÂNCIA. AUSÊNCIA. PRÉVIO WRIT. PENDÊNCIA DE APELAÇÃO. PARTICULARIDADES FÁTICAS. APRECIÇÃO EXCEPCIONAL DA MANUTENÇÃO DA PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. FALTA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Inexiste ilegalidade em aresto que deixa de conhecer habeas corpus no que concerne à tema cujo exame pode melhor ser cuidado no seio de concomitante apelação. Assim, inviável o debate acerca do regime inicial de desconto da pena, sob risco de se incorrer em supressão de instância, dada pendência de julgamento da quaestio em recurso próprio.

2. Em que pese a impossibilidade de redimensionamento da questão a esta instância especial, diante das peculiaridades do caso concreto e para evitar eventuais prejuízos ao paciente e ao devido processo legal, deve-se verificar legalidade da manutenção da prisão preventiva.

3. A prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antes de tudo, o respeito à liberdade.

4. Existe manifesta ilegalidade na custódia do paciente, porque decretada valendo-se da proibição disposta no art. 44 da Lei 11.343/06, sem apresentar qualquer outra motivação concreta apta a justificar a aplicação da medida extrema. Estando desvinculada de qualquer elemento de cautelaridade, a prisão não se sustenta neste caso.

5. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para que o paciente possa aguardar em liberdade o julgamento da ação penal, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que o Juízo a quo, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma das medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade (HC 393.158/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 11/05/2017).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SENTENÇA. REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO. FRAÇÃO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELA CORTE DE ORIGEM NO ACÓRDÃO COMBATIDO. RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL PENDENTE DE APRECIÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. NATUREZA DA SUBSTÂNCIA TÓXICA ENCONTRADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. EXERCÍCIO DO COMÉRCIO NEFASTO EM SUA RESIDÊNCIA E COM O AUXÍLIO DAS FILHAS MENORES. ACUSADA QUE SE ENCONTRAVA EM LIBERDADE PROVISÓRIA QUANDO DA PRÁTICA DO PRESENTE CRIME. REITERAÇÃO DELITIVA. PROBABILIDADE CONCRETA. GARANTIA DA ORDEM E SAÚDE PÚBLICA. RÉ QUE PERMANECEU PRESA DURANTE TODO O PROCESSO. CUSTÓDIA JUSTIFICADA E DEVIDA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA AO REGIME SEMIABERTO IMPOSTO EM SENTENÇA. COAÇÃO ILEGAL, EM PARTE, DEMONSTRADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, dada sua incompetência para tanto e sob pena de incidir-se em indevida supressão de instância, das alegações de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possibilidade de aplicação do redutor de pena na fração máxima, de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou até mesmo de fixação de regime inicial menos gravoso, tendo em vista que tais questões não foram analisadas pelo Tribunal impetrado no aresto combatido, que destacou a pendência de apelação interposta.

3. Prescreve o art. 387, § 1º, do CPP, que o Juiz deve decidir, por ocasião da prolação da sentença, de maneira fundamentada, acerca da manutenção ou, se for o caso, da imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação interposta.

4. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, a preservação da custódia processual imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige a indicação de elementos concretos a justificar a sua necessidade, à luz do art. 312 do CPP.

[...]

12. Habeas corpus não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, para determinar que a paciente aguarde o julgamento da apelação em estabelecimento adequado ao regime prisional fixado - o semiaberto (HC 373.686/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 23/03/2017).

Pretende-se, outrossim, que o paciente possa recorrer em liberdade.

Importa ressaltar que não foi juntada aos autos a decisão de primeiro grau que converteu a prisão em flagrante em preventiva.

Por oportuno, segue a transcrição da decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória formulado:

Na hipótese vertente, há indícios de que ele tenha praticado crime tipificado no artigo 33, da lei nº 11.343/2006, cuja pena máxima é superior a 04 anos.

Observa-se pelos testemunhos do auto de prisão em flagrante delito que Guardas Municipais realizavam patrulhamento de rotina em conhecido ponto de tráfico de drogas quando avistaram o acusado, pessoa já indicada em diversas denúncias anônimas sobre seu envolvimento no comércio ilícito de drogas.

Ao notar a presença da viatura policial, ele empreendeu fuga. Após uma rápida perseguição, Marcelo foi capturado. Realizada revista pessoal, nada de ilícito foi com ele encontrado, contudo, as GMs localizaram em alguns blocos de concretos próximos ao local donde o acusado estava uma grande quantidade de drogas (214 pinos de cocaína, 17 porções de maconha e 04 pedras de crack).

O delito de tráfico é grave, equiparado a hediondo e daqueles cujo autor demonstra periculosidade exacerbada e conduta violadora das regras mais elementares de convivência em sociedade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Logo, não se pode olvidar que a segregação encontra respaldo, ao menos por ora, na garantia da ordem pública.

Vislumbra-se, portanto, a presença dos requisitos que ensejaram a conversão da prisão em flagrante em preventiva, em especial, a garantia da ordem pública.

[...]

Assim, sua custódia se faz necessária, pois uma vez em liberdade nesta fase processual, poderá continuar a praticar a conduta, o que representaria um risco à população local. Ademais, eventual circunstância como emprego e residência fixa não são capazes de justificar a pretensão da defesa, mormente porque já existiam antes dos fatos e não foram capazes de evitar a prática delitiva.

[...]

Por tais motivos, a custódia do acusado se faz necessária como forma de garantir a ordem pública e a própria aplicação da pena, uma vez que, conforme já exposto, permanecem presentes os requisitos da custódia cautelar.

Quanto à possibilidade de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão previstas pela Lei 12.403/11, observo que no caso em tela, não se mostrariam adequadas e suficientes para conter a atitude criminosa do acusado, uma vez que não impediriam a reiteração dos atos ilícitos. (fls. 37/39).

Superadas as demais fases, o paciente restou condenado pela prática do crime tipificado no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, VI, da Lei n. 11.343/06 (tráfico interestadual de drogas), à pena de 8 anos e 2 meses de reclusão, além de 816 dias-multa, em regime inicial fechado, tendo sido indeferido o recurso em liberdade em decisão assim fundamentada:

O sentenciado não poderá apelar em liberdade, uma vez que o Juízo ainda vislumbra como presentes requisitos da prisão cautelar a teor da decisão anterior que manteve sua custódia, reforçados pelos argumentos desta condenação e pela Súmula nº 9, do Superior Tribunal de Justiça. (fls. 47).

A referida segregação foi mantida pelo Tribunal de origem, nos seguintes termos:

*No presente caso, o paciente foi condenado ao cumprimento de 08 anos e 02 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e 816 dias-multa, no piso, por infração ao art. 33, *caput*, c.c. art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06, negado o direito de recorrer em liberdade (fls. 259/267).*

De início, insta salientar que o presente writ não é a via adequada para apreciar eventual inconformismo com relação ao regime inicial de cumprimento de pena e à negativa de substituição da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Isto porque a Constituição da República faz do habeas corpus o meio de impugnação associado ao direito à liberdade. A vocação do remédio heróico é resguardá-la, acaso suprimida ou mesmo ameaçada por ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, inciso LXVIII). Outras situações, amparadas pelos recursos previstos em Lei, a rigor, extrapolam o estreito perímetro do habeas corpus.

As matérias ora debatidas, por integrarem sentença condenatória proferida por Juiz singular, devem ser analisadas em sede do recurso de apelação já interposto, e que se encontra em processamento nesta Instância (art. 593, I, do CPP). O presente writ figura como sucedâneo desse recurso apropriado, distanciando-se de suas estritas hipóteses de cabimento, porquanto não se presta à revisão dos critérios utilizados pelo Magistrado, que, à luz das especificidades do caso concreto, afastou a aplicação de regime mais brando e a substituição da pena por restritivas de direitos.

[...]

Além disso, no capítulo da sentença destinado à denegação do recurso em liberdade, não há qualquer constrangimento que possa ser qualificado como evidentemente ilegal.

In casu, o d. Magistrado a quo justificou a negativa do direito de recorrer em liberdade, uma vez que inalterados os requisitos da prisão preventiva nos termos da decisão anterior que manteve a custódia do paciente (fls. 266).

Com efeito, o paciente respondeu preso durante todo o curso do processo, é reincidente (fls. 171/172) e foi condenado ao cumprimento de pena em regime inicial fechado, não havendo motivos para soltá-lo, ainda mais se persistem as razões que ensejaram a sua prisão preventiva, consoante decisões anteriores (fls. 96/99 e 139/141), notadamente em face da necessidade de assegurar a ordem pública, as quais já foram objeto de apreciação por este Relator no julgamento dos Habeas Corpus nº 2065545-56.2018.8.26.0000 e 2070684-86.2018.8.26.0000, ocorridos em 07/05/2018 e 14/05/2018, respectivamente.

Sendo assim, escorreita a r. decisão de 1º Grau que vedou o apelo em liberdade, estando atendido o disposto no art. 387, § 1º, do CPP, afigurando-se a custódia necessária para assegurar a ordem pública e também a aplicação da lei penal, pois agora o paciente tem uma sentença condenatória a seu desfavor, ainda que sujeita a recurso, devendo permanecer preso para que não se furte ao eventual cumprimento de pena privativa de liberdade.

[...]

Por fim, cumpre consignar que não há que se falar em afronta ao princípio da presunção de inocência, consoante sedimentado pelo C. STJ na Súmula nº 09: "A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência". (fls. 68/70).

O Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento segundo o qual,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerando a natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição e manutenção quando evidenciado, de forma fundamentada em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal – CPP.

Convém, ainda, ressaltar que, considerando os princípios da presunção da inocência e a excepcionalidade da prisão antecipada, a custódia cautelar somente deve persistir em casos em que não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, de que cuida o art. 319 do CPP.

No caso dos autos, verifico que, tanto o indeferimento do pedido de liberdade provisória, como a manutenção da prisão preventiva na sentença condenatória foram adequadamente motivadas, tendo sido demonstradas pelas instâncias ordinárias, com base em elementos extraídos dos autos, a gravidade concreta da conduta, a periculosidade do paciente e o risco de reiteração delitiva, evidenciados pela quantidade, variedade e natureza deletéria das drogas apreendidas – 214 pinos de cocaína pesando 290g, 17 porções de maconha com peso 43g e 4 pedras de *crack* pesando 1,3g –, circunstâncias que, somado ao envolvimento de menor na empreitada criminosa e ao fato de o paciente ser reincidente, revelam risco ao meio social, recomendando-se a sua custódia cautelar para garantia da ordem pública.

Nesse sentido, cito os seguintes julgados desta Corte:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. CONDENAÇÃO. VEDAÇÃO AO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. DIVERSIDADE E NÚMERO DE PORÇÕES DE SUBSTÂNCIAS TÓXICAS ENCONTRADAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO EVENTO CRIMINOSO. POTENCIALIDADE LESIVA DA INFRAÇÃO. PERICULOSIDADE SOCIAL. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM E SAÚDE PÚBLICA. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODO O PROCESSO. CUSTÓDIA JUSTIFICADA. PROVIDÊNCIAS CAUTELARES MENOS GRAVOSAS. INSUFICIÊNCIA. RECLAMO IMPROVIDO.

1. Prescreve o art. 387, § 1º, do CPP, que o Juiz deve decidir, por ocasião da prolação da sentença, de maneira fundamentada, acerca da manutenção ou, se for o caso, da imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação interposta.

2. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, a preservação da custódia processual imposta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige a indicação de elementos concretos a justificar a sua necessidade, à luz do art. 312 do CPP.

3. Não há ilegalidade quando a negativa do direito de recorrer solto está devidamente justificada na garantia da ordem e saúde pública, vulneradas diante da potencialidade lesiva da infração.

4. A diversidade - maconha, cocaína e crack -, o número de porções do material tóxico capturado e a natureza extremamente nociva da última substância -, são fatores que, somados às demais circunstâncias do flagrante, - surpreendido por milicianos trazendo consigo o referido material tóxico, momento em que teria dispensado a sacola e tentado empreender fuga, são fatores que indicam envolvimento maior do agente com a narcotráfica, autorizando a preventiva.

5. 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 perseguição criminal, se presentes os motivos para a preventiva.

6. Indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando a segregação encontra-se justificada e mostra-se imprescindível para acautelar o meio social, evidenciando que providências menos gravosas não seriam suficientes para garantir a ordem pública.

7. Recurso ordinário improvido (RHC 83.411/BA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 14/06/2017).

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRISÃO CAUTELAR. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PERMANÊNCIA DOS FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAVAM O ENCARCERAMENTO. GRAVIDADE CONCRETA. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Dispõe o art. 387, § 1.º, do CPP, que, na sentença, "o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta".

2. In casu, o ora recorrente respondeu preso ao processo e o magistrado negou-lhe o direito de recorrer em liberdade por entender "inalterada a situação fático-processual que ensejou a decretação de sua prisão preventiva". O anterior decreto prisional, por sua vez, indicou a "expressiva quantidade e diversidade de drogas (maconha, cocaína e crack) apreendidas, além de armas de fogo e munições", tudo a conferir lastro de legitimidade à medida extrema.

3. Nesse contexto, indevida a aplicação de medidas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cautelares alternativas à prisão, porque insuficientes para resguardar a ordem pública.

4. *Recurso a que se nega provimento (RHC 77.845/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017).*

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. APELO EM LIBERDADE. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA. FUNDAMENTO VÁLIDO. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

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. *Nos termos do § 1º do art. 387 do CPP, o Juiz, ao proferir sentença condenatória, decidirá fundamentadamente sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.*

3. ***Hipótese em que foi negado o benefício do apelo em liberdade, em decisão suficientemente motivada na garantia da ordem pública, tendo em vista a gravidade da conduta atribuída à paciente, evidenciada na quantidade e na variedade de entorpecentes apreendidos (20 invólucros de cocaína, 9 tubetes de crack e 116 invólucros de maconha). Precedentes.***

4. ***"Não há lógica em deferir ao condenado o direito de recorrer solto quando permaneceu segregado durante a perseguição criminal, se persistentes os motivos para a preventiva" (RHC 56.689/CE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2015).***

5. *Os pedidos de aplicação de alteração do regime prisional - no caso, do fechado para o aberto - e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito não foram objeto de exame pela Corte de origem, razão pela qual o Superior Tribunal de Justiça está impedido de conhecê-los, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.*

6. *Habeas corpus não conhecido (HC 377.506/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016).*

Cumpre registrar, ainda, que, tendo o paciente permanecido preso durante todo o processo, não deve ser permitido o recurso em liberdade, especialmente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

porque, inalteradas as circunstâncias que justificaram a custódia, não se mostra adequada sua soltura depois da condenação em primeiro grau.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. LEGALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RÉU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. MODUS OPERANDI. PROTEÇÃO DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

2. No caso, o recorrente, preso em flagrante e mantido segregado durante toda a instrução criminal, foi condenado à pena privativa de liberdade de 15 (quinze) anos de reclusão, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade. As decisões que decretaram/mantiveram a sua prisão preventiva demonstraram a necessidade da medida extrema, para garantia da ordem pública e proteção à integridade física e psíquica da vítima, que à época dos fatos contava com 12 (doze) anos e teria sido "abusada", inúmeras vezes, pelo recorrente (motorista responsável pelo seu transporte escolar diário).

3. 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 persistem os motivos para a segregação preventiva (RHC 67.218/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 30/03/2016). Constrangimento ilegal não configurado.

4. Recurso conhecido e não provido (RHC 67.360/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 05/10/2016).

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. CONCURSO DE AGENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO. SEGREGAÇÃO MOTIVADA NO ART. 312 DO CPP. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. GRAVIDADE CONCRETA. EMPREGO DE SIMULACRO DE ARMA DE FOGO. HISTÓRICO CRIMINAL DO AGENTE. REINCIDÊNCIA. REITERAÇÃO. RISCO CONCRETO. PERICULOSIDADE SOCIAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. CUSTÓDIA JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. RECLAMO IMPROVIDO.

1. Não há o que se falar em constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está devidamente justificada na garantia da ordem pública, em razão da periculosidade efetiva do agente, evidenciada pelas circunstâncias em que cometido o delito e pelo seu histórico criminal.

2. Caso em que o recorrente foi denunciado pela prática de roubo majorado, cometido em comparsaria de outro agente em que, mediante grave ameaça exercida com emprego de simulacro de arma de fogo, abordaram a vítima em plena via pública, ocasião em que foi compelida a entregar a sua bolsa com todos os seus pertences e, diante de sua recusa, os roubadores proferiram diversas palavras ofensivas e puxaram o bem de forma violenta, se evadindo do local em seguida.

3. O fato de o agente ser reincidente é circunstância que revela sua periculosidade social e a inclinação à prática de crimes, demonstrando a real possibilidade de que, solto, volte a delinquir, autorizando a preventiva.

4. 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 perseguição criminal, se persistentes os motivos para a preventiva.

5. Condições pessoais favoráveis não têm, em princípio, o condão de, isoladamente, revogar a prisão cautelar, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a sua necessidade.

6. Concluindo-se pela imprescindibilidade da preventiva, resta clara a insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão, cuja aplicação não se mostraria adequada para o restabelecimento da ordem pública.

7. Recurso ordinário improvido (RHC 71.994/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 28/09/2016).

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. CONDENAÇÃO NEGATIVA DO RECURSO EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Dado o mandamento legal de o juiz fundamentar a decretação ou manutenção da custódia na sentença condenatória (art. 387, parágrafo único, do CPP), o Magistrado de primeiro grau deve demonstrar, nessa fase, fundado em elementos concretos dos autos, a existência de pelo menos um dos pressupostos da prisão preventiva previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

2. Na hipótese, o recorrente permaneceu preso durante toda a instrução processual e subsistem os motivos que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deram ensejo à conversão do flagrante em preventiva (quantidade de droga apreendida e circunstâncias da prisão em flagrante). Além disso, o fato de o acusado não possuir vínculo com o distrito da culpa, também, é fundamento para embasar a segregação cautelar. Precedentes.

3. *Recurso em habeas corpus improvido* (RHC 73.211/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 27/09/2016).

Ressalto, ademais, que a presença de condições pessoais favoráveis, como primariedade, bons antecedentes e residência fixa, não impede a decretação da prisão preventiva. Confira-se:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. *A prisão cautelar é medida excepcional, uma vez que, por meio dela, se priva o réu de sua liberdade antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. A segregação provisória do paciente restou fundamentada ao menos para garantir a ordem pública, por conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal.*

2. *Foram apreendidos com o recorrente 200g de maconha, 82g de crack e 700g de solvente organoclorado, quantidade e diversidade que, aliadas às circunstâncias em que se deu o flagrante, justificam o encarceramento cautelar para garantia da ordem pública.*

3. ***Circunstâncias pessoais favoráveis, por si sós, não impedem a decretação da prisão cautelar. (Precedentes.)*** 4. ***Recurso ordinário em habeas corpus não provido*** (RHC 67.524/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 30/03/2016).

Ainda, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de ser inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para manutenção da ordem pública.

A propósito:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÃO CORPORAL. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. RÉU REINCIDENTE ESPECÍFICO, CONTRA OUTRA VÍTIMA, ALÉM DE JÁ TER SIDO CONDENADO POR CRIME DE RECEPÇÃO. RISCO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REITERAÇÃO. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art.93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

2. No presente caso, a prisão preventiva está devidamente justificada para a garantia da ordem pública, em razão da periculosidade do agente, evidenciada por dados da vida pregressa do recorrente, notadamente por ser reincidente específico, contra outra vítima, além de já ter sido condenado pelo crime de receptação. Assim, fica evidenciado ser a prisão preventiva indispensável para conter a reiteração na prática de crimes e garantir a ordem pública.

3. Nos termos do art. 313, inciso III, do CPP, será admitida a prisão preventiva se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

4. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando evidenciada a sua insuficiência para acautelar a ordem pública.

5. Recurso improvido (RHC 74.482/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 02/12/2016).

Nesse contexto, não verifico a existência de constrangimento ilegal apto a justificar a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0229946-1

HC 467.905 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00002797320188260545 04322018 20180000672919 21583615720188260000
2797320188260545 4322018

EM MESA

JULGADO: 18/10/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RONALDO ORTIZ SALEMA
ADVOGADO : RONALDO ORTIZ SALEMA - SP193475
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO JULIAO LUCCHESI (PRESO)

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

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