



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 375.273 - SP (2016/0274147-6)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DOUGLAS SCHAUERHUBER NUNES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE HENRIQUE RODRIGUES DE SOUZA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. REGIME SEMIABERTO. INDEFERIDO O RECURSO EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NATUREZA DA DROGA. PARTICIPAÇÃO DE MENORES. CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS DESFAVORÁVEIS. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA ADEQUAR A PRISÃO PREVENTIVA AO REGIME INICIAL FIXADO NA SENTENÇA.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. 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.

2. Esta Quinta Turma possui firme entendimento no sentido de que a manutenção da custódia cautelar por ocasião de sentença condenatória superveniente não possui o condão de tornar prejudicado o *writ* em que se busca sua revogação, quando não agregados novos e diversos fundamentos ao decreto prisional primitivo. Precedente.

3. Considerando a 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. As instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, entenderam que restou demonstrada a maior periculosidade do paciente, evidenciada pela natureza da droga comercializada (47 papelotes de *crack*, que, segundo o impetrante, totalizam 14 gramas de entorpecente), além da traficância ter sido praticada com a participação de menor de idade. Destacou-se, ainda, a falta de ocupação lícita do paciente e a não comprovação de endereço residencial.

Forçoso concluir que a prisão processual está devidamente fundamentada na necessidade de garantir a ordem pública, não havendo falar, portanto, em existência de evidente flagrante ilegalidade capaz de justificar a sua revogação e tampouco em aplicação de medida cautelar alternativa.

5. Tendo a sentença condenatória fixado ao paciente o regime prisional semiaberto para o início do cumprimento da pena, deve a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prisão provisória ser compatibilizada ao regime imposto, sob pena de tornar mais gravosa a situação daquele que opta por recorrer do *decisum*.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para adequar a prisão preventiva ao regime prisional semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Brasília (DF), 08 de agosto de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 375.273 - SP (2016/0274147-6)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DOUGLAS SCHAUERHUBER NUNES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE HENRIQUE RODRIGUES DE SOUZA (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 FELIPE HENRIQUE RODRIGUES DE SOUZA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2141092-73.2016.8.26.0000).

O paciente foi preso em flagrante delito pela suposta prática do crime de tráfico de drogas e associação para o tráfico. Referida custódia foi convertida em prisão preventiva.

Irresignada, a defesa interpôs o *writ* originário que restou denegado em acórdão assim ementado:

HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI 11.343/2006)-IMPETRAÇÃO VISANDO IMPUGNAR A CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM CUSTÓDIA PREVENTIVA DA PACIENTE E A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA - ALEGAÇÕES DE INIDONEIDADE DA MOTIVAÇÃO DO DECISUM E DE AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA PRISÃO CAUTELAR, APONTANDO-SE DEPOIS AS CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS QUE ENSEJARIAM O DEFERIMENTO DE BENESSES, POSTULADA A REVOGAÇÃO DA PRISÃO E, SUBSIDIARIA MENTE, A FIXAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS.

DECRETO PRISIONAL MOTIVADO, QUE REFERIU Á DEMONSTRAÇÃO DA MATERIALIDADE E AOS INDÍCIOS DE AUTORIA, ALÉM DA DIVERSIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO, SENDO O DELITO EM QUESTÃO FOMENTADOR DE OUTROS CRIMES, A ENSEJAR RECRUDESCIMENTO DA VIOLÊNCIA - DESNECESSIDADE DE EXTENSA E DETALHADA MOTIVAÇÃO - FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA QUE NÃO SE CONFUNDE COM AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO.

DESCABIMENTO - INDÍCIOS DE MATERIALIDADE E AUTORIA QUE JUSTIFICAVAM A CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA, SATISFEITOS OS REQUISITOS LEGAIS, AFIGURANDO-SE NECESSÁRIA A CUSTÓDIA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA DIANTE DA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO (CPP, ART. 312) - HIPÓTESE DOS AUTOS QUE NÃO SE CONCILIA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COM A IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO (CPP, ART. 319) - CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS QUE NÃO INFIRMARIAM, POR SI, A NECESSIDADE DA CUSTÓDIA ANTECIPADA - ARGUMENTO DE FALTA DE PROPORCIONALIDADE ENTRE O DECRETO PRISIONAL E A EVENTUAL FUTURA SENTENÇA CONDENATÓRIA CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO - ORDEM DENEGADA (fls. 40/41).

No presente *writ*, a Defensoria sustenta que a quantidade de cocaína apreendida em poder do paciente é ínfima e não justifica a manutenção da custódia cautelar. Aduz que a prisão preventiva foi mantida exclusivamente com fundamento na gravidade abstrata do crime, não havendo provas de que, em liberdade, o paciente voltaria a delinquir.

Requer, em liminar e no mérito, a revogação da prisão preventiva com a expedição de alvará de soltura.

Liminar indeferida às fls. 52/53.

Informações prestadas às fls. 65/76.

O Ministério Público Federal se manifestou pelo não conhecimento da impetração, conforme parecer de fls. 86/91.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 375.273 - SP (2016/0274147-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

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.

Em consulta à página na internet do Tribunal de Justiça de São Paulo, verifica-se a superveniência de sentença condenatória em relação ao crime de tráfico de drogas e absolutória em relação à associação para o tráfico, na qual foi mantida a custódia cautelar do ora recorrente, tendo sido fixada pena de 2 anos e 11 meses, em regime inicialmente semiaberto.

Todavia, extrai-se do *decisum* que não foram agregados fundamentos ao decreto prisional, limitando-se o Juízo sentenciante a manter a custódia cautelar nos mesmos termos da conversão do flagrante em preventiva.

Esta Quinta Turma possui firme entendimento no sentido de que a manutenção da custódia cautelar por ocasião de sentença condenatória superveniente não possui o condão de tornar prejudicado o *writ* em que se busca sua revogação, quando não agregados novos e diversos fundamentos ao decreto prisional primitivo. Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. NEGATIVA DE APELO EM LIBERDADE. FUNDAMENTOS DO DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA MANTIDOS. AUSÊNCIA DE NOVO TÍTULO. RISCO REAL DE REITERAÇÃO. AMEAÇA À TESTEMUNHA. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Conforme precedente desta Quinta Turma, a superveniência de sentença de pronúncia ou condenatória não constituirá "título novo", de modo a prejudicar o conhecimento do *habeas corpus*, se a ela nenhum fundamento novo for acrescentado (HC 288.716/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO - Desembargador Convocado do TJ/SC -, Quinta Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 1º/12/2014).

2. No caso, os fundamentos utilizados na sentença condenatória, quanto à necessidade da prisão, em nada inovaram quanto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao decreto construtivo originário, apenas negando o direito do recurso em liberdade tendo em vista que "o réu permaneceu preso durante o curso do processo e assim deverá ser mantido, agora por força de sentença condenatória, a fim de ser garantida a aplicação da lei penal". Não é o caso, portanto, de se julgar prejudicado o mandamus.

3. 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.

4. No presente caso, a prisão preventiva está devidamente justificada para a garantia da ordem pública, em razão da periculosidade do agente, diante da notícia de ameaça às testemunhas, e do risco de reiteração criminosa, evidenciados pelo fato de o recorrente ser reincidente e possuir outros registros criminais.

5. A ameaça às testemunhas, durante a instrução criminal, indica a alta reprovabilidade da conduta do réu, a justificar a constrição cautelar, mesmo após o encerramento da instrução, para acautelar o meio social. Precedentes.

6. Recurso improvido (RHC 53.194/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 28/03/2016)

Assim, comporta processamento o presente *mandamus*, que passa a ser examinado.

O Juízo de primeiro grau homologou o flagrante e decretou a prisão preventiva do paciente mediante a seguinte fundamentação:

A prisão é medida excepcional, mas está justificada neste caso concreto envolvendo o averiguado FELIPE HENRIQUE RODRIGUES DE SOUZA.

Há prova de materialidade (fls. 18/19) do crime e indícios suficientes de autoria, pressupostos legais para decretação da prisão preventiva.

Consta do referido auto que no dia 06 de junho de 2016, no bairro Lagoa Nova, Limeira-SP o suspeito foi preso em flagrante delito pelos guardas municipais Raul Pereira da Silva e Edilson Dias de Souza, que em patrulhamento de rotina no local dos fatos avistaram o averiguado Felipe Henrique Rodrigues de Souza acompanhado do adolescente P.W.F em uma área verde no local. Ao avistarem a viatura ambos se esconderam. Em determinado momento, os dois indivíduos saíram correndo do local onde estavam-se escondidos indo em direção a viatura;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

neste momento o averiguado Felipe dispensou uma garrafa no chão.

Durante a abordagem, a garrafa dispensada por Felipe foi localizada pelos guardas municipais, contendo em seu interior 47 (quarenta e sete) papelotes de crack envoltas em papel alumínio. O adolescente P.W.F informou aos guardas municipais que ajudava o averiguado Felipe a realizar o tráfico de drogas, sendo que, o averiguado efetuava a venda e o adolescente, guardava o dinheiro. Diante das circunstâncias foi dada voz de prisão ao averiguado.

No mais, de acordo com os autos, não há comprovação da efetiva identidade do autuado. Não há cópia de nenhum documento válido de identidade com foto, apenas menção ao número do RG, o que entendo insuficiente, o que justifica a manutenção da prisão nos termos do art. 313, parágrafo único do Código de Processo Penal. Não é só. Não é possível saber, ainda, se ele reside ou não no local indicado, o que colocará em risco a instrução e futura aplicação da lei penal caso solto.

Não há, ainda, mesmo qualquer comprovação de trabalho lícito por parte do autuado, fato desabonador, que pode colocar em risco a instrução e futura aplicação da lei penal (fl. 10/16).

O Tribunal de origem, por sua vez, denegou a ordem de *habeas corpus* destacando:

O paciente Felipe foi preso em flagrante na data de 6 de junho de 2016 porque, embora tentasse fugir diante da aproximação de agentes policiais, foi surpreendido na companhia de um adolescente (Patrick Wellington Ferreira) quando trazia consigo 47 (quarenta e sete) porções ou “papelotes” de cocaína na forma de ‘crack’ apreendendo-se ainda quantia em dinheiro na posse do menor (R\$ 39,00) e admitido informalmente por este último o comércio ilegal (v. fls. 17/20).

O MM Juiz, à oportunidade da comunicação, reputou formalmente em ordem o flagrante, anotando como provada a materialidade e suficientes os indícios de autoria e ressaltando ainda a ausência de demonstração concreta da manutenção de residência fixa ou do exercício de ocupação remunerada do acusado, julgando assim necessária a custódia para garantia da instrução e da aplicação da lei penal; e não fosse o bastante, referiu, também, à gravidade concreta da conduta e à hediondez do delito, bem como ao risco de reiteração da prática delitiva que afronta a ordem pública (v. fls. 10/16).

Ao contrário do alegado na impetração, não se viu aqui fundamentação vaga ou genérica, mas sim indicação de motivos concretos para justificar a privação cautelar de liberdade com citação de doutrina e de julgados, inclusive.

O Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento segundo o qual, considerando a natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição e manutenção quando evidenciado, de forma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentada em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do 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.

In casu, verifico estarem presentes elementos concretos a justificar a imposição da segregação antecipada. As instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, entenderam que restou demonstrada a maior periculosidade do paciente, evidenciada pela natureza da droga comercializada (47 papérolas de *crack*, que, segundo o impetrante, totalizam 14 gramas de entorpecente), além da traficância ter sido praticada com a participação de menor de idade.

Destacou-se, ainda, a falta de ocupação lícita do paciente e a não comprovação de endereço residencial.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.

5. 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 da agente, evidenciada pelas circunstâncias em que cometido o delito, bem como pelo seu histórico criminal.

6. A natureza altamente nociva do crack - droga de alto poder viciante e alucinógeno -, somada ao fato de a ré haver sido surpreendida pela polícia no momento em que comercializava o entorpecente em sua residência, que é conhecida na região como ponto de venda de material tóxico, atividade que exerce com o auxílio de suas filhas adolescentes - são fatores que denotam a existência do periculum libertatis, autorizando a preventiva.

7. O fato de a paciente já haver sido agraciada com a liberdade provisória mediante o pagamento de fiança, em outro processo a que responde pelo delito de receptação e, mesmo assim, ter tornado a delinquir, revela sua inclinação ao cometimento de crimes, demonstrando a real possibilidade de que, solta, volte a cometer infrações penais, reforçando a necessidade da sua constrição cautelar.

8. 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, inclusive por decisão deste Sodalício quando do julgamento do HC 360.173/SC, persistindo os motivos para a segregação preventiva.

9. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

10. Indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando a segregação encontra-se justificada e mostra-se imprescindível para acautelar o meio social da reprodução de fatos criminosos.

11. Tendo em vista a imposição do regime semiaberto na condenação, faz-se necessário compatibilizar a manutenção da custódia cautelar com o aludido modo de execução, tudo a fim de não prejudicar a condenada. Precedentes.

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, DJe 23/03/2017).

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. DECRETO FUNDAMENTADO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DIVERSIDADE E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. MODUS OPERANDI. RECURSO DESPROVIDO.

I - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal.

II - No caso, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados extraídos dos autos, que evidenciam que a liberdade do ora recorrente acarretaria risco à ordem pública, notadamente se considerada a quantidade e diversidade de drogas apreendidas, além de petrechos para sua comercialização, bem como a forma pela qual o delito foi, em tese, praticado, com envolvimento de adolescentes e com divisão de tarefas. (Precedentes).

Recurso ordinário desprovido (RHC 77.342/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 02/12/2016)

Nesse contexto, forçoso concluir que a prisão processual está devidamente fundamentada na necessidade de garantir a ordem pública, não havendo falar, portanto, em existência de evidente flagrante ilegalidade capaz de justificar a sua revogação e tampouco em aplicação de medida cautelar alternativa.

Contudo, tendo a sentença condenatória fixado ao paciente o regime prisional semiaberto para o início do cumprimento da pena, deve a prisão provisória ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

compatibilizada ao regime imposto, sob pena de tornar mais gravosa a situação daquele que opta por recorrer do *decisum*. Nesse sentido, trago à colação os seguintes julgados da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDENAÇÃO. PREVENTIVA ORDENADA NA SENTENÇA. PROIBIÇÃO DE RECORRER EM LIBERDADE. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. CONTUMÁCIA NA PRÁTICA DE CRIMES SEXUAIS CONTRA MENORES. REITERAÇÃO DELITIVA. RISCO CONCRETO. IMPRESCINDIBILIDADE DA MEDIDA A BEM DA ORDEM PÚBLICA. CUSTÓDIA FUNDAMENTADA E DEVIDA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE COM A PRISÃO PROCESSUAL. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DA CUSTÓDIA COM O MODO DE EXECUÇÃO FIXADO. COAÇÃO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADA. RECLAMO IMPROVIDO. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

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 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. A custódia preventiva mostra-se imprescindível para acautelar a ordem pública, em razão da periculosidade efetiva do agente envolvido, evidenciada pelo risco concreto de reiteração delitiva.

4. O fato de o recorrente ser contumaz na prática de crimes sexuais contra menores é circunstância apta a autorizar a ordenação da constrição ante tempus na sentença, visando a evitar a reprodução de fatos criminosos, especialmente em se considerando que as testemunhas, por ocasião da audiência de instrução, noticiaram que a pequena vítima seria a segunda sobrinha que o sentenciado abusa sexualmente.

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. Necessário, contudo, adequar a segregação com o modo de execução intermediário aplicado, sob pena de estar-se impondo ao condenado modo mais gravoso tão somente pelo fato de ter optado pela interposição de apelo.

7. Recurso improvido, concedendo-se, contudo, a ordem de habeas corpus de ofício, apenas para determinar que o recorrente aguarde o julgamento da apelação no modo semiaberto de execução



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(RHC 68.516/PA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 25/05/2016).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. NEGATIVA DE RECORRER EM LIBERDADE. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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. Esta Corte, alinhando-se ao entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, possui jurisprudência firme no sentido de reconhecer o constrangimento ilegal nos casos em que o cumprimento da pena ocorre em condições mais rigorosas do que as estabelecidas pelo Juiz sentenciante, e tem admitido a adequação da segregação provisória ao regime fixado na sentença condenatória.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para que a paciente aguarde o trânsito em julgado da condenação em estabelecimento adequado ao regime fixado na sentença (semiaberto), salvo se, por outro motivo, estiver presa em regime diverso (HC 295.141/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 16/05/2016).

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. SENTENÇA CONDENATÓRIA - TOTAL DE 8 ANOS DE RECLUSÃO EM REGIME SEMIABERTO. NEGADO O APELO EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. RISCO REAL DE REITERAÇÃO DELITIVA. RECURSO DESPROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu jus libertatis antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal. A prisão preventiva, portanto, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem permite complementação de sua fundamentação pelas instâncias superiores (HC n. 93.498/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 18/10/2012).

II - Na hipótese, a prisão preventiva (negativa do apelo em liberdade) encontra-se devidamente fundamentada em dados extraídos dos autos, que denotam que o ora recorrente integraria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

associação criminosa voltada para a prática de tráfico de drogas, dados que evidenciam a necessidade de se garantir a ordem pública, em virtude do fundado receio de reiteração delitiva.

III - Acerca da quaestio, já se pronunciou o col. Pretório Excelso no sentido de que "A necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa, enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva" (HC n. 95.024/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 20/2/2009).

IV - Todavia, estabelecido na sentença condenatória o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, e ressalvado o entendimento pessoal deste relator, deve o paciente aguardar o trânsito em julgado de sua condenação em tal regime, compatibilizando-se a prisão cautelar com o modo de execução determinado na sentença condenatória.

Recurso ordinário desprovido. Ordem concedida de ofício para determinar que o recorrente aguarde o trânsito em julgado de sua condenação no regime semiaberto (RHC 63.341/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 29/04/2016).

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer da impetração e conceder a ordem, de ofício, para adequar a prisão preventiva do paciente ao regime prisional semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0274147-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 375.273 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00116509820168260320 10922016 116509820168260320 20160000607435
21410927320168260000 22410927320168260000

EM MESA

JULGADO: 08/08/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

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 : DOUGLAS SCHAUERHUBER NUNES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE HENRIQUE RODRIGUES DE SOUZA (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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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