



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 104.915 - RO (2018/0291795-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE : **ERISMAR COSTA DA SILVA (PRESO)**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RONDÔNIA**
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA**

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS (1KG DE MACONHA). RECORRENTE QUE OSTENTA CONDENAÇÃO ANTERIOR POR TRÁFICO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

1. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, 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. "Na esteira do entendimento firmado em ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte, não há falar em nulidade na hipótese em que o magistrado, de ofício, decreta a prisão preventiva do acusado ao receber o auto de prisão em flagrante, respeitados os requisitos previstos no art. 312 do CPP" (RHC n. 51.386/MG, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 09/02/2015).

3. Na hipótese, as instâncias ordinárias destacaram a expressiva quantidade de entorpecentes apreendida em posse do recorrente - 1kg de maconha -, aliada ao fato de que ele ostenta condenação anterior pela prática de idêntico delito, circunstâncias que são suficientes para indicar dedicação às práticas criminosas e demonstrar que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

segregação é necessária para garantir a ordem pública.

4. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a necessidade da segregação fica reforçada pela superveniência da sentença, uma vez que a existência de édito condenatório enfraquece a presunção de não culpabilidade, de modo que, não havendo alterações fáticas, seria ilógica a concessão, nesse momento, da liberdade.

5. As circunstâncias que envolvem o fato demonstram que outras medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal não surtiriam o efeito almejado para a proteção da ordem pública.

6. O entendimento desta Corte é assente no sentido de que, estando presentes os requisitos autorizadores da segregação preventiva, eventuais condições pessoais favoráveis não são suficientes para afastá-la.

7. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Brasília (DF), 11 de dezembro de 2018(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 104.915 - RO (2018/0291795-4)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

RECORRENTE : ERISMAR COSTA DA SILVA (PRESO)

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RONDÔNIA

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de recurso em *habeas corpus* interposto por ERISMAR COSTA DA SILVA contra acórdão da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia (HC nº 0004678.45.2018.8.22.0000).

Extraí-se dos autos que o recorrente foi preso em flagrante em 21/7/2018 pela supota prática do delito tipificado no art. 33 da Lei nº 11.343/06. A prisão foi convertida em preventiva.

Contra a decisão, a defesa impetrou a ordem originária, que foi denegada pelo Tribunal *a quo*, em acórdão assim ementado (e-STJ fls. 88/93):

Habeas corpus. Tráfico de drogas. Prisão preventiva. Requisitos presentes. Expressiva quantidade de droga. Maconha Medidas cautelares. Insuficiência. Eventuais condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Ordem denegada.

No presente recurso, a defesa alega que a prisão preventiva é nula, uma vez que decretada de ofício pelo magistrado singular.

Afirma que não estão presentes os requisitos autorizadores da prisão, e que o decreto preventivo seria genérico e baseado na gravidade abstrata do delito. Defende que o fato de o recorrente não possuir ocupação lícita não leva, necessariamente, à presunção de perigo de fuga, e que tal demonstração caberia ao Ministério Público.

Sustenta que seria suficiente a aplicação de medidas cautelares alternativas. Ressalta as circunstâncias pessoais favoráveis ao recorrente.

Requer a expedição de alvará de soltura.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Contrarrazões às e-STJ fls. 107/108.

O Ministério Público Federal opinou pela perda do objeto do *writ* (e-STJ fls. 118/119).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 104.915 - RO (2018/0291795-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Busca-se, no presente recurso, a revogação da prisão preventiva do recorrente, acusado da suposta prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, 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.

De início, convém considerar, em relação à alegada nulidade pela conversão da prisão em flagrante em preventiva de ofício, que "Na esteira do entendimento firmado em ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte, não há falar em nulidade na hipótese em que o magistrado, de ofício, decreta a prisão preventiva do acusado ao receber o auto de prisão em flagrante, respeitados os requisitos previstos no art. 312 do CPP" (RHC n. 51.386/MG, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 09/02/2015).

Em relação aos fundamentos da segregação, verifica-se que não consta dos autos a decisão do juiz plantonista que converteu a prisão em flagrante em preventiva.

Às e-STJ fls. 32/33, há decisão que manteve a decisão anterior, nos seguintes termos:

Trata-se de comunicação de prisão em flagrante de ERISMAR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COSTA DA SILVA diante da prática de crime, em tese, disposto no artigo 33, caput, c/c art. 35 da Lei 11.343/06. O juiz plantonista homologou a prisão em flagrante convertendo-a em preventiva. **A quantidade e a espécie de droga - aproximadamente 1kg de droga do tipo maconha -, revelam a necessidade da custódia cautelar. Ademais, o flagranteado já foi condenado anteriormente pela prática do crime de tráfico de drogas.** Não foi juntado nenhum novo documento que pudesse modificar a situação fática do autuado. O fato do acusado ser pai de vários filhos menores não justifica a revogação de sua preventiva, eis que a prática de tráfico de drogas é um crime que expõe seus filhos a grave risco. Ademais as qualificações pessoais descritas pela defesa - residência fixa, emprego, por si só, não são suficientes para afastar os elementos da prisão preventiva. Diante do exposto, não há novos elementos a modificar o já decidido.

O Tribunal a quo, por sua vez, assim se manifestou sobre a matéria (e-STJ

fls. 88/93):

Extraí-se dos autos que policiais militares em patrulhamento avistaram o paciente Erismar saindo de uma residência com uma mochila nas costas. Ao ver a guarnição, o paciente empreendeu fuga, mas foi achado pelos policiais. Na busca pessoal, encontraram 02 invólucros de entorpecente do tipo maconha nas suas vestes, além da quantia de R\$ 19,00. Na mochila, foi constatada a presença de 05 tabletes de maconha, tendo informado que a droga pertencia a Marcos, que também foi preso na residência onde o paciente Erismar acabara de sair.

O laudo toxicológico preliminar concluiu que os tabletes grandes era do tipo maconha e pesava 1kg, enquanto as duas porções menores também eram de maconha e pesavam 4 gramas - fl. 51).

É noção cediça que a prisão preventiva é medida de exceção, cabível somente às hipóteses em que ficar concretamente demonstrada alguma das situações do art. 312 do CPP, sob pena de se caracterizar verdadeira antecipação da pena e violar o princípio constitucional da presunção de inocência.

Em assonância, a gravidade em abstrato do crime também não é suficiente para a prisão preventiva, visto que sua decretação deve ser aferida diante da situação concreta em que o ilícito foi praticado, notadamente as circunstâncias da prisão e da apreensão do entorpecente.

Quanto à alegação de ausência dos motivos autorizadores do decreto, a revogação da prisão só ocorrerá quando não preencher



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

os requisitos do art. 312 do CPP, seja pela inexistência de prova de materialidade ou indícios suficientes de sua autoria, ou ainda, por inexistirem razões concretas a autorizá-la.

Na hipótese, entendo como presentes os motivos autorizadores do decreto da prisão preventiva, pois atendidos os requisitos legais, na medida em que a materialidade e os indícios de autoria atribuídos ao paciente emergem dos autos, assim como o *periculum libertatis*, e é o quanto basta para legitimar o decreto.

Com efeito, o *fumus comissi delicti* está consubstanciado na ocorrência policial (fl. 22/24). declarações do paciente (fl. 26), no auto de apreensão (fl. 27) e no laudo toxicológico preliminar (fl. 29). O *periculum libertatis* está configurado na necessidade de resguardar a ordem pública, diante da periculosidade revelada pela natureza e expressiva quantidade de droga, além do fato do paciente já ter sido condenado anteriormente pelo crime de tráfico de droga.

Ademais, pelo que se depreende da decisão combatida (fls. 32/33), o magistrado de primeiro grau indicou de maneira clara e suficiente as razões pelas quais findou por converter o flagrante em preventiva, isto é, para resguardar a ordem pública em razão da quantidade de droga apreendida (1 kg). Ainda, destacou que o paciente já foi condenado anteriormente pela prática do crime de tráfico.

Assim, mesmo sob a perspectiva da exceção, entendo que a segregação provisória do paciente ainda é necessária, em razão de sua periculosidade social, sendo insuficiente a aplicação de medidas cautelares alternativas.

Isso decorre da necessidade de ser garantida a ordem pública, ante a situação fática em que ocorreu a apreensão de significativa quantidade de maconha, revelando conduta incompatível com o estado de liberdade.

(...)

Na hipótese, não se trata de gravidade abstrata. Ao revés, de situação anormal, não habitual, reveladora de hipótese em que pelo *modus operandi* utilizado impele à resposta do Estado garantindo a ordem pública, sobretudo para acautelar o meio social.

Demais disso, a periculosidade do paciente é evidenciada pela certidão de antecedentes criminais (fls. 06/10), que revela a possibilidade concreta de reiteração delituosa. Nesse sentido: STJ RCH 91.127/MG.

Por fim, registre-se que eventuais condições subjetivas favoráveis, por si sós, são insuficientes para autorizar a concessão da liberdade provisória ou a revogação da prisão preventiva quando presentes os motivos que a autorizam.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ainda, em consulta ao *site* do Tribunal *a quo*, verifica-se que sobreveio sentença que condenou o recorrente à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, indeferido o direito de recorrer em liberdade.

Na ocasião, o magistrado considerou que:

Recomendo os condenados na prisão porque nesta condição vêm sendo processados e continuam presentes os pressupostos, os requisitos de admissibilidade e os fundamentos que ensejaram a manutenção da prisão cautelar, agora robustecidos com o acolhimento da pretensão punitiva estatal. A prisão continua sendo necessária para garantia da ordem pública (CPP, art. 312), sobretudo para evitar que os sentenciados continuem delinquindo, razão pela qual nego a eles o direito de recorrer em liberdade, nos termos do art. 387, § 1º, do CPP.

Neste ponto, cabe notar que, não obstante a superveniência de novo título, este não acrescentou novos elementos ao decreto preventivo anteriormente proferido. Ora, para a Quinta Turma desta Corte, a sentença condenatória que mantém a prisão cautelar do réu somente constitui novo título judicial se agregar novos fundamentos, com base no art. 312 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido:

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

[...]. (AgRg no HC n. 250.392/RN, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 26/5/2015, DJe 8/6/2015).

[...]. 2. O fato de haver sido prolatada sentença condenatória no feito não implica a prejudicialidade do writ originário, como decidido pela Corte Estadual, já que apenas o excesso de prazo da prisão restou superado com a prolação do édito repressivo, subsistindo o interesse da Defensoria Pública em ver analisado o pedido de anulação da ação penal. [...]. (HC n. 314.028/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 28/4/2015, DJe 07/05/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]. *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 n. 288.716/SP, Relator Ministro NEWTON TRISOTTO – Desembargador Convocado do TJ/SC –, Quinta Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 1º/12/2014).

Assim, conveniente a apreciação das alegações apresentadas na impetração.

Cumprir verificar se o cárcere preventivo foi decretado em afronta aos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal e sem fundamentação idônea, como aduz o presente *habeas corpus*.

Ora, é da jurisprudência pátria a impossibilidade de se recolher alguém ao cárcere se inexistentes os pressupostos autorizadores da medida extrema, previstos na legislação processual penal.

No ordenamento jurídico vigente, a liberdade é a regra. A prisão antes do trânsito em julgado, cabível excepcionalmente e apenas quando concretamente comprovada a existência do *periculum libertatis*, deve vir sempre baseada em fundamentação concreta, não em meras conjecturas.

Note-se ainda que a prisão preventiva se trata propriamente de uma prisão provisória; dela se exige venha sempre fundamentada, uma vez que ninguém será preso senão por ordem escrita e **fundamentada** de autoridade judiciária competente (Constituição da República, art. 5º, inciso LXI). Mormente porque a fundamentação das decisões do Poder Judiciário é condição absoluta de sua validade (CRFB, art. 93, inciso IX).

Depreende-se, contudo, que, no caso em comento, o decreto de prisão cautelar encontra-se devidamente fundamentado, tal qual exige a legislação vigente. Foram regularmente tecidos argumentos idôneos e suficientes ao cárcere provisório na decisão e no acórdão transcritos.

Na hipótese, as instâncias ordinárias destacaram a expressiva quantidade de entorpecentes apreendida em posse do recorrente - 1kg de maconha -, aliada ao fato de que ele ostenta condenação anterior pela prática de idêntico delito, circunstâncias que são



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suficientes para indicar dedicação às práticas criminosas e demonstrar que a segregação é necessária para garantir a ordem pública.

Nesses sentido, o Supremo Tribunal assentou que a gravidade concreta do crime, o modus operandi da ação delituosa e a periculosidade do agente, evidenciados pela expressiva quantidade e pluralidade de entorpecentes apreendidos, respaldam a prisão preventiva para a garantia da ordem pública (HC n. 130708, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, Publicado em 6/4/2016, grifei).

Na mesma direção, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. NATUREZA DA DROGA. PACIENTE REINCIDENTE ESPECÍFICO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. 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.

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 do previsto no art. 319 do CPP.

2. A prisão preventiva foi adequadamente motivada, tendo as instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, entendido que restou demonstrada a periculosidade concreta do paciente, evidenciada pela reincidência específica em crime de tráfico de drogas, e pela natureza da droga apreendida, ainda que em pequena quantidade (4,6 gramas de crack), tendo sido destacado que o flagrante se deu em local conhecido como ponto de venda de entorpecentes, circunstâncias que autorizam a imposição da medida extrema garantia da ordem pública.

Habeas corpus não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 372.290/SP, Relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 15/12/2016, DJe 10/02/2017)

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (LEI N. 11.343/2006, ART. 33). PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE DA DROGA. APREENSÃO DE 182 PEDRAS DE CRACK. REITERAÇÃO DELITIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO.

01. Não há "ilegalidade ou abuso de poder" (CR, art. 5º, inc. LXVIII), de modo a autorizar a concessão do habeas corpus, na decisão que decreta a prisão preventiva do indivíduo que responde por infração ao art. 33 da Lei n. 11.343/2006, se reincidente e/ou de maus antecedentes (RHC 53.753/MG, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 24/02/2015; HC 309.870/GO, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 10/02/2015).

02. "A variedade, a natureza lesiva, a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas e as circunstâncias em que se deu a prisão em flagrante são fatores que, somados à forma como estava acondicionada grande parte da droga, indicam a dedicação à traficância, autorizando a preventiva" (STJ, HC 299.410/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 18/09/2014; RHC 51.035/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 03/03/2015; STF, HC 113.203/RJ, Rel. Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 10/06/2014; HC 111.019, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 25/06/2013).

03. Recurso ordinário desprovido.

(RHC 56.011/AL, Relator Ministro NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), Quinta Turma, julgado em 18/06/2015, DJe 29/06/2015).

Além disso, conforme dito, o recorrente respondeu preso a toda a instrução, sobrevivendo sentença penal condenatória. Ora, a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a necessidade da segregação fica reforçada pela superveniência da sentença, uma vez que a existência de édito condenatório enfraquece a presunção de não culpabilidade, de modo que, não havendo alterações fáticas, seria ilógica a concessão, nesse momento, da liberdade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido, trago à colação os seguintes precedentes:

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. REINGRESSO DE ESTRANGEIRO. PRISÃO CAUTELAR MANTIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA E NO RECURSO DE APELAÇÃO. REU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO. 3. PERSISTÊNCIA DOS MOTIVOS QUE ENSEJARAM A SEGREGAÇÃO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 4. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente - a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício -, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acerca dos fatos, materialidade, autoria e culpabilidade, ainda que não definitivo.

3. Nos moldes da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na análise da legitimidade da prisão preventiva, "o mundo não pode ser colocado entre parênteses. O entendimento de que o fato criminoso em si não pode ser conhecido e valorado para a decretação ou a 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". Desse modo, se as circunstâncias da prática do crime indicam a efetiva periculosidade do agente e a gravidade concreta da conduta - como aqui ocorreu -, ante a existência de condenação anterior pelo crime de tráfico de drogas, em que atuou como 'mula', mesmo assim voltou a delinquir, demonstrando desrespeito às leis nacionais e ausência de vínculo com o país, além de haver indícios de que possua contatos com traficantes estrangeiros, válida a manutenção da custódia cautelar (HC 263.539/MG, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe de 17/04/2013). Outrossim, houve circunstância judicial do art. 59 do Código Penal considerada desfavorável - tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal -, elemento esse que também não pode ser desprezado.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 276.885/SP, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, julgado em 11/03/2014, DJe 19/03/2014).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. INVERSÃO DA ORDEM DO INTERROGATÓRIO. ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO. ART. 400 DO CPP. ADOÇÃO DO RITO PREVISTO EM LEGISLAÇÃO ESPECIAL. MATÉRIA JULGADA PELO STF. HC N. 127.900/AM. INTERROGATÓRIO OCORRIDO APÓS 11/3/2016. NULIDADE SUSCITADA PELA DEFESA EM AUDIÊNCIA. CONFIGURAÇÃO DO PREJUÍZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL DEMONSTRADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Esta Corte Superior de Justiça, acompanhando o entendimento da Suprema Corte no julgamento do habeas corpus 127900/AM, da relatoria do Ministro Dias Toffoli, firmou compreensão no sentido de que "o rito processual para o interrogatório, previsto no art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

400 do CPP, deve ser aplicado a todos os procedimentos regidos por leis especiais, porquanto a Lei 11.719/08, que deu nova redação ao art. 400 do CP, prepondera sobre as disposições em sentido contrário previstas em lei especial, por se tratar de lei posterior mais benéfica ao acusado" (HC 390.707/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 24/11/2017).

III - Os efeitos da decisão foram modulados, para se aplicar a nova compreensão somente aos processos cuja instrução criminal não tenha se encerrado até a publicação da ata do julgamento do HC 127900/AM (11/3/2016), sob pena de ofensa ao princípio da segurança jurídica, consubstanciado no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. IV - In casu, consta que a audiência de instrução e julgamento foi realizada em 16/5/2017, ocasião em que o interrogatório foi realizado antes da oitiva das testemunhas, contra o que se insurgiu a Defesa no mesmo ato, apontando em que consistiu o prejuízo, configurando o constrangimento ilegal apontado.

V - Reconhecida a nulidade da instrução, perde objeto a insurgência contra a não utilização do sistema audiovisual de gravação dos depoimentos.

VI - A prisão preventiva foi mantida para garantia da ordem pública, considerando que a reincidência específica do paciente, que respondeu preso à ação penal. Trata-se de fundamentação idônea, baseada em elementos concretos dos autos, que deve ser mantida.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para anular a ação penal a partir da audiência de instrução e julgamento, determinando que o interrogatório do paciente seja o último ato da instrução, em observância ao art. 400 do CPP, a qual deverá ser gravada por meio de sistema audiovisual ou justificada a impossibilidade de fazê-lo. (HC 447.753/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 09/08/2018)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA.
SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO.
IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO
EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM CUSTÓDIA PREVENTIVA.
SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO. PROIBIÇÃO DE
RECORRER EM LIBERDADE. RÉU QUE RESPONDEU PRESO AO
PROCESSO. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP.
GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. VARIEDADE E
NATUREZA MAIS NOCIVA DE DUAS DAS SUBSTÂNCIAS
CAPTURADAS. GARANTIA DA ORDEM E SAÚDE PÚBLICA.
MEDIDAS ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. SEGREGAÇÃO
JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO
FIXADO NA SENTENÇA. NECESSIDADE DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPATIBILIZAÇÃO DA PREVENTIVA COM O MODO DE EXECUÇÃO IMPOSTO NO ÉDITO REPRESSIVO. WRIT NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS 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. Não há coação na manutenção da prisão preventiva quando demonstrado, com base em fatores concretos, que a medida se mostra necessária, dada a forma como ocorrido o delito indicativo do periculum libertatis, bem como em razão do efetivo risco de continuidade das práticas delitivas.

3. A variedade de material tóxico apreendido - cocaína, crack e maconha -, bem como a natureza altamente danosa das duas primeiras substâncias citadas, são fatores que, somados às circunstâncias em que se deu a prisão em flagrante - em local conhecido como ponto de venda de drogas, tendo sido encontrada considerável quantia em dinheiro -, denotam a periculosidade social do agente e o maior envolvimento com a traficância, autorizando a constrição a bem da ordem e saúde pública.

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 preso durante a persecução criminal, se persistem os motivos para a segregação preventiva.

5. Indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando a constrição se encontra justificada e mostra-se necessária, dada a potencialidade lesiva da infração, evidenciando que providências mais brandas não seriam suficientes para preservar a ordem e saúde pública.

6. Necessário, contudo, adequar a prisão processual com o modo de execução intermediário aplicado na sentença, sob pena de estar-se impondo aos condenados modo mais gravoso tão somente pelo fato de terem optado pela interposição de apelo.

7. Habeas corpus não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, para determinar que o paciente aguarde o julgamento de eventual apelação em estabelecimento adequado ao regime prisional fixado pelo Juízo sentenciante - o semiaberto. (HC 351.879/SC, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 24/05/2016, DJe 10/06/2016).

Ademais, as circunstâncias que envolvem o fato demonstram que outras medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal não surtiriam o efeito almejado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para a proteção da ordem pública. O mesmo entendimento é perfilhado por esta Corte Superior, a exemplo destes precedentes:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO CAUTELAR. GRAVIDADE CONCRETA. CIRCUNSTÂNCIAS. QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

[...] 2. Não é ilegal o encarceramento provisório decretado para o resguardo da ordem pública, em razão da gravidade in concreto do delito, indicadora, na dicção do juízo de primeiro grau, de "conduta nociva da agente, lesando profundamente a saúde pública". A magistrada ressaltou que "as circunstâncias incriminadoras foram caracterizadas pela apreensão de expressiva quantidade de entorpecente (cocaína), embalada em 13 cápsulas do tipo eppendorf, além de 58 eppendorfs vazios, e uma porção de maconha envolvida em um saco plástico, cento e trinta e um reais e quarenta centavos em notas e moeda, bem como uma espingarda de pressão (modificada, sem marca e números aparentes, duas máscaras e três munições intactas, calibre 12", tudo a conferir lastro de legitimidade à medida extrema.

3. Nesse contexto, indevida a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, porque insuficientes para resguardar a ordem pública.

4. Ordem denegada. (HC 323.026/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 1/9/2015, DJe 17/9/2015) – (grifei)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. QUANTIDADE DE ESTUPEFACIENTE APREENDIDO. HISTÓRICO CRIMINAL DO RÉU. APETRECHOS DO NARCOTRÁFICO. PERICULOSIDADE SOCIAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CUSTÓDIA NECESSÁRIA E JUSTIFICADA. DESPROPORCIONALIDADE DO ENCARCERAMENTO ANTECIPADO. INOCORRÊNCIA. PROVIDÊNCIAS CAUTELARES MENOS GRAVOSAS. INSUFICIÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

[...] 3. A quantidade de material tóxico apreendido - 690,7 gramas de maconha -, o histórico criminal do réu, o fato deste haver sido preso no exato momento em que iria entregar a droga para um usuário e, ainda, de haver sido encontrada em sua residência uma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

balança de precisão, indicam a dedicação à traficância, autorizando a preventiva.

4. Não há como, em sede de habeas corpus, concluir que o denunciado será beneficiado com a aplicação da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, ou mesmo com regime prisional diverso do fechado, sobretudo tendo em vista a quantidade de material tóxico apreendido.

5. Indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando esta encontra-se justificada na gravidade concreta do delito e na periculosidade social do réu, indicando que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública.

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 315.151/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 28/4/2015, DJe 25/5/2015) – (grifei)

Finalmente, convém consignar que o entendimento desta Corte é assente no sentido de que, estando presentes os requisitos autorizadores da segregação preventiva, eventuais condições pessoais favoráveis não são suficientes para afastá-la.

Nesse sentido, trago à colação alguns precedentes:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ENVOLVIMENTO DE MENOR. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. VARIEDADE, NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA ENCONTRADA. APREENSÃO DE OBJETOS UTILIZADOS NO PREPARO E DISSEMINAÇÃO DE DROGAS. RISCO DE CONTINUIDADE NO COMÉRCIO ILÍCITO. PERICULOSIDADE SOCIAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CUSTÓDIA FUNDAMENTADA E NECESSÁRIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. RECLAMO IMPROVIDO.

1. Não há ilegalidade na manutenção da prisão preventiva quando demonstrado, com base em fatores concretos, que a medida se mostra necessária, dada a forma como ocorrido o delito, indicativa de envolvimento mais profundo com a narcotraficância.

2. A variedade - cocaína e maconha -, a natureza mais nociva da primeira substância citada e a quantidade de material tóxico apreendido, somadas ao envolvimento de um adolescente na conduta criminoso, bem como à localização de objetos comumente utilizados no preparo e disseminação de drogas, são circunstâncias que indicam a periculosidade social do recorrente e o risco de continuidade na prática criminoso, caso libertado, autorizando a preventiva.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

4. Recurso ordinário improvido. (RHC 65.595/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. RELAXAMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NEGATIVA DA AUTORIA. NECESSIDADE DE INCURSÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. EXISTÊNCIA DE CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS NÃO IMPEDE A DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM DENEGADA.

- Não houve pronunciamento do Tribunal a quo quanto à legalidade da prisão em flagrante, o que impede a apreciação da matéria por esta Corte Superior, sob pena de incorrer-se em indevida supressão de instância.

- Resta incabível na via estreita do habeas corpus o enfrentamento da alegação de ausência de indícios quanto à autoria delitiva, tendo em vista a necessária incursão fático-probatória, inadmissível na via eleita.

- Esta Corte Superior tem entendimento pacífico de que a custódia cautelar possui natureza excepcional, somente sendo possível sua imposição ou manutenção quando demonstrado, em decisão devidamente motivada, o preenchimento dos pressupostos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP.

- Na hipótese dos autos estão presentes elementos concretos a justificar a imposição da segregação antecipada, uma vez que as instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, entenderam que restou demonstrada a periculosidade concreta do paciente, tendo o Magistrado de primeiro grau destacado a natureza, a variedade e a quantidade de droga apreendida - 753,03 gramas de cocaína, 457,62 gramas de crack e 1051,71 gramas de maconha - e os apetrechos encontrados com o acusado, o que sugere risco ao meio social, recomendando a sua custódia cautelar para garantia da ordem pública.

- O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a presença de condições pessoais favoráveis, como primariedade, domicílio certo e emprego lícito, não impede a decretação da prisão cautelar, notadamente se há nos autos elementos suficientes para justificar a segregação preventiva.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ordem denegada. (HC 340.956/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 17/12/2015, DJe 04/02/2016).

Posto isso, demonstrados os pressupostos e motivos autorizadores da custódia cautelar, elencados no art. 312 do Código de Processo Penal, não se vislumbra constrangimento ilegal a ser reparado por este Superior Tribunal de Justiça.

Diante do exposto, **nego provimento** ao recurso.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0291795-4

RHC 104.915 / RO
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00046784520188220000 00109630620188220501 109630620188220501
46784520188220000

EM MESA

JULGADO: 11/12/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ERISMAR COSTA DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RONDÔNIA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

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, negou provimento ao recurso."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.