



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.967 - PE (2015/0178187-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : JOSE FELIX DE LIMA SANTOS FILHO
ADVOGADO : JOSÉ FÉLIX DE LIMA SANTOS FILHO - PE030897
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : PEDRO BRITO DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGAÇÃO DE QUE A CUSTÓDIA CAUTELAR FOI MANTIDA MESMO DIANTE DA DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO FEITO. TESE NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO FLAGRANTE SUPERADA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA. SEGREGAÇÃO MANTIDA. AUSÊNCIA DE NOVOS FUNDAMENTOS. PREJUDICIAL AFASTADA. PRISÃO PREVENTIVA. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. SEGREGAÇÃO PRESERVADA. ILEGALIDADE. ADEQUAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR AO REGIME INTERMEDIÁRIO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM, NO ENTANTO, CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. A alegação de que a custódia cautelar foi mantida mesmo diante da declaração de nulidade do feito não foi enfrentada no acórdão impugnado, proferido em sede de *habeas corpus*, o que impede esta Corte Superior de conhecer dessa matéria, sob pena de supressão de instância.

3. Conforme extrai-se dos autos, o paciente foi surpreendido sob a guarda do entorpecente enterrado, circunstância que se subsume às



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regras previstas no art. 302, I, do CPP. Além disso, operada a conversão do flagrante em prisão preventiva, fica superada a alegação de nulidade.

4. *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).

5. No caso, os fundamentos utilizados na sentença condenatória, quanto à necessidade da prisão, em nada inovaram quanto ao decreto construtivo originário, apenas mantendo os fundamentos do decreto prisional. Não é o caso, portanto, de se julgar prejudicado o *mandamus*.

6. 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.

7. No presente caso, a prisão preventiva está devidamente justificada para a garantia da ordem pública, em razão da periculosidade do agente, evidenciada pela expressiva quantidade de droga apreendida (49,315Kg de maconha).

8. As condições subjetivas favoráveis do paciente, tais como primariedade, bons antecedentes e ocupação lícita, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva.

9. *Estabelecido [entretanto] na sentença condenatória o regime semiaberto para o início do cumprimento das penas, e ressalvado o entendimento pessoal deste relator, devem os pacientes aguardar o trânsito em julgado das condenações em tal regime, compatibilizando-se a prisão cautelar com o modo de execução determinado na sentença condenatória* (HC 310.676/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 9/6/2015, DJe 16/6/2015). Inteligência do enunciado da Súmula n. 716 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes deste Superior Tribunal de Justiça.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

10. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem, no entanto, concedida de ofício para determinar que o paciente aguarde o exaurimento da jurisdição das instâncias ordinárias em estabelecimento adequado ao regime prisional fixado pelo Juízo sentenciante (o semiaberto), salvo se por outro motivo estiver preso.

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 "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de outubro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.967 - PE (2015/0178187-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : JOSE FELIX DE LIMA SANTOS FILHO
ADVOGADO : JOSÉ FÉLIX DE LIMA SANTOS FILHO - PE030897
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : PEDRO BRITO DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de PEDRO BRITO DOS SANTOS - preso cautelarmente por suposta infração aos arts. 33 e 35, ambos da Lei n. 11.343/2006 - contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (HC n. 0004733-39.2015.8.17.0000) que denegou a ordem nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 46):

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRAFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NU LI DA DE DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. IMPOSSIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA FUNDAMENTADA. EXISTÊNCIA. PERICULOSIDADE DO PACIENTE. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ORDEM DENEGADA. DECISÃO UNÂNIME.

I - O auto de prisão em flagrante está formalmente em ordem, de acordo com os requisitos legais (arts. 302 a 306, CPP), bem assim não se verifica a ausência de qualquer formalidade essencial, evidenciando-se, desse modo, em juízo de cognição sumária, a legalidade do auto.

II - Ao decretar o acautelamento preventivo do paciente para garantia da urdem pública, o Julgador da Instância Primária embasou-se em particularidade sobremodo importante à decretação da custódia cautelar, qual seja o malefício trazido para a sociedade em face da atividade de narcotraficância desenvolvida, em associação, pelo paciente, mormente devido à excessiva quantidade da droga apreendida, no caso 49.315 (quarenta e nove quilogramas e trezentos e quinze gramas) de "maconha".

III- As condições pessoais favoráveis não têm o condão de, por si sós, desconstituir a prisão preventiva, quando há nos autos elementos hábeis, de ordem objetiva ou subjetiva, que autorizam a manutenção da medida extrema, como é a hipótese dos autos.

IV - Ordem denegada. Decisão unânime.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na presente impetração, a defesa alega, em síntese, que não teria ocorrido qualquer das hipóteses que autorizam a prisão em flagrante delitos, previstas no art. 302 do CPP.

Sustenta, ainda, não estarem presentes os requisitos autorizadores da medida constritiva cautelar previstos no art. 312 do CPP, ressaltando os bons predicados do paciente (primário, detentor de bons antecedentes e ocupação lícita).

Assevera que "o paciente foi preso em 27/1/09 única e exclusivamente por conta exclusiva de um único título executivo judicial agora inteiramente anulado pela DD. autoridade tida por coatora deu azo à franca nulidade da manutenção dessa custódia, agora também por violação do art. 93, IX, da Constituição Federal" (e-STJ fl. 11).

Diante disso, requer a revogação da prisão cautelar do paciente.

Indeferida a liminar (e-STJ fls. 16/17) e prestadas as informações (e-STJ fls. 26/133), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do writ (e-STJ fls. 140/044).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.967 - PE (2015/0178187-0)

VOTO

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

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113.890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014; STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora os impetrantes não tenham adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Busca-se, em síntese, no presente *mandamus*, a revogação da prisão preventiva do paciente, denunciado por tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico.

Como relatado, a defesa alega que "o paciente foi preso em 27/1/09 única e exclusivamente por conta exclusiva de um único título executivo judicial agora inteiramente anulado pela DD. autoridade tida por coatora deu azo à franca nulidade da manutenção dessa custódia, agora também por violação do art. 93, IX, da Constituição Federal" (e-STJ fl. 11).

Verifica-se, contudo, que o Tribunal de Justiça, ao julgar o *writ* originário, não dispôs sobre o tema.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, inviável o conhecimento da questão suscitada no presente *writ* diretamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância, uma vez que a tese não chegou a ser apreciada pelo Tribunal estadual. A propósito, confirmam-se os seguintes julgados do STJ:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PLEITO DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO. NOTÍCIA DE SUPERVENIÊNCIA DE PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO. RECURSO JULGADO PREJUDICADO. TESE DE NÃO CONFIGURAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE ANTE A NÃO OCORRÊNCIA DA PROGRESSÃO. INTERESSE RECURSAL DEMONSTRADO. ANÁLISE DO MÉRITO DO RECURSO. TESE DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. QUESTÃO NÃO APRECIADA NO HABEAS CORPUS ORIGINÁRIO. APELAÇÃO PENDENTE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Ainda que o despacho juntado do juízo das execuções, determinando o aguardo da decisão sobre o incidente de regressão, não tenha o condão de demonstrar o alegado equívoco da decisão agravada ao julgar prejudicado o writ - uma vez que denota ter havido anterior progressão ao regime intermediário, vê-se de todo modo dar-se caso de supressão de instância, pois não apreciada a pretensão pelo Tribunal de origem, fato que obsta a análise da questão por este Sodalício.

(...).

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no RHC 40.054/SP, Rel Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 21/10/2014).

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DUPLA TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADES NO INQUÉRITO POLICIAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. DECRETO PRISIONAL FUNDAMENTADO. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO.

I - A tese recursal relativa à eventuais nulidades ocorridas no inquérito policial sequer foi analisada pelo eg. Tribunal a quo, ao fundamento de que não foram apresentados documentos comprobatórios do alegado, razão pela qual o mandamus impetrado na eg. Corte de origem foi parcialmente conhecido.

II - Assim sendo, fica impedida esta eg. Corte de analisar a quaestio ventilada no recurso, sob pena de indevida supressão de instância, já que o eg. Tribunal a quo não se manifestou acerca das alegadas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nulidades.

(...). Recurso ordinário conhecido em parte e, nesta parte, desprovido. (RHC 45.246/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 13/10/2014).

Quanto à alegada nulidade do flagrante, sob o argumento de que o paciente não se encontrava em estado flagrancial, o Tribunal esclareceu (e-STJ fls. 31/37):

Passo ao exame dos fatos descritos no auto de prisão em flagrante delito, com vistas a verificar a configuração da ilegalidade alardeada na atribuição mandamental.

Compulsando o auto de prisão em flagrante (fls. 58/13), sem que se faça qualquer valoração sobre a prova, até porque vedado nesta oportunidade processual, verifica-se que a conduta descrita enquadra-se perfeitamente na situação definida nos arts. 33 e 35, da Lei nº 11.343/06, evidenciando-se, desse modo, a legalidade do auto de prisão, ao menos naquela fase investigatória.

É o que se depreende do depoimento do policial Miguel Brasiliano da Silva Neto, um dos responsáveis pela prisão e condutor do paciente, onde o referido agente civil noticia as seguintes circunstâncias (fls. 59/60):

"(...) que há cerca de 15 dias, passou a investigar o tráfico de drogas no Cabo de Santo Agostinho e, com a ajuda de colaboradores, descobriu que traficantes de drogas costumavam enterrar grandes quantidades de maconha em um sítio; que este sítio se localizava nas proximidades da estrada principal que dá acesso à praia de Calhetas, em um local chamado Vale da Lua: que novas informações indicavam que dois indivíduos, com características: sendo um deles magro, alto e moreno, e conhecido por PEDRO e o outro portador de tatuagens, conhecido por "Zé", eram as pessoas que traficavam e enterravam a droga neste sítio e que "Zé" era morador nesta Zona Rural: que na noite de ontem, dirigiu-se até o município do Cabo de Santo Agostinho para tentar encontrar o referido local onde havia a droga e encontrar "Zé"; que por volta de 01:30 horas de hoje, conseguiu encontrar o local exato onde "Zé" morava; que momentos depois, após aguardar "ZÉ" em frente à sua residência, encontrou-o; que identificou-se como policial civil e perguntou sobre o material entorpecente; que a partir de então, ZÉ levou os policiais até o local onde havia enterrado a droga; que ao desenterrar o material entorpecente, o qual estava em tonéis, descobriu se tratar de, aproximadamente, 50Kg (cinquenta quilogramas) de maconha; que neste momento, perguntou a "ZÉ" onde seu amigo PEDRO BRITO DOS SANTOS se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

encontrava; que neste momento, "ZÉ" indicou a residência de PEDRO; que ao chegar à casa de PEDRO, local próximo a rua do Sol, Vila Nazaré, Cabo de Santo Agostinho, realizou a abordagem; que nada de ilícito encontrou na residência de PEDRO, porém, obteve a confirmação do PEDRO e de JOSÉ EDSON que ambos estavam na guarda de 50Kg (cinquenta quilogramas) de maconha; que perguntou a ambos a quem pertencia àquele material entorpecente, tendo PEDRO respondido que. não sabia a quem pertencia, que. tanto ele quanto "ZÉ" (JOSE EDSON ALVES DE SENA), estavam apenas tomando conta da droga e que iriam receber um pagamento em dinheiro posteriormente.; que deu voz de prisão aos indivíduos e os encaminhou ao Departamento de Repressão ao Narcotráfico para as medidas cabíveis; (...) "

Os agentes policiais Van Hallen Silva do Nascimento e Áureo José Silva Custódio. que também participaram da prisão do paciente, confirmaram integralmente as declarações do policial Miguel Brasileiro da Silva Neto, inclusive no referente ao fato de os acusados admitirem estarem envolvidos com o tráfico de drogas, pois estavam 'tomando conta' da "maconha" pertencente a um indivíduo desconhecido e que iriam receber um pagamento em dinheiro posteriormente (fls. 61/62).

Releva notar que a equipe policial vinha investigando (há cerca de 15 dias) o tráfico de drogas na cidade do Cabo de Santo Agostinho/PE, e descobriram que dois indivíduos costumavam enterrar grandes quantidades de "maconha" em um sítio, sendo um deles magro, alto e moreno, conhecido por PEDRO, e o outro portador de tatuagens, conhecido por "ZE".

Note-se que PEDRO BRITO DOS SANTOS permitiu que a equipe policial entrasse em sua casa, ocasião em que nada de ilícito foi encontrado, porém, os policiais obtiveram a informação do próprio paciente que este e "ZÉ" estavam na guarda de 50Kg de "maconha": que ao ser questionado sobre a propriedade daquele material entorpecente, respondeu que não sabia a quem pertencia, apenas estavam "tomando conta" e que iriam receber um pagamento em dinheiro posteriormente.

Cumpra esclarecer que a alegação do paciente de que não foi pego cometendo qualquer infração penal, nem tampouco acabara de cometê-la. ou, ainda, estivesse sendo perseguido, logo, após, pela autoridade, pelo ofendido ou qualquer pessoa, em situação que pudesse presumir ser o autor da infração, não se mostra suficiente, por si só, para descaracterizar o seu flagrante, visto que há outros elementos que se perfazem em fortes indícios de ser o acusado distribuidor da droga, a exemplo da descoberta dos policiais que traficantes de drogas costumavam enterrar grandes quantidades de "maconha" em um sítio localizado nas proximidades da estrada principal que dá acesso à praia de Calhetas, em um local chamado Vale da Lua, o que somente será possível confirmar ou não no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

curso da persecução penal, não havendo porque desmerecer o testemunho dos policiais, nesta oportunidade, porquanto possuem fé publica.

Ademais, no que pesem os argumentos expendidos pelo impetrante, não se vislumbra ilegalidade na prisão em flagrante. Nota-se do auto de prisão flagrancial (lis. 58/113) que o acusado se encontrava em plena execução delitiva. já que guardava elevada quantidade de droga (50Kg de maconha), para fins de tráfico. Tratando-se de conduta permanente (como o são algumas ações tipificadas no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006), a prisão se revela legítima enquanto o agente nela incorrer. A hipótese se ajusta, portanto, à previsão do artigo 302, inciso I, do Código de Processo Penal. (Neste sentido: TJSC - Habeas Corpus: HC 1011228 SC 2011.101122-8).

Outrossim, não se deve olvidar que os agentes executores da prisão, após a captura do comparsa "ZÉ", que conduziu os policiais até o local onde havia enterrado a droga, indicou a residência de PEDRO, tendo este confirmado a "guarda" de 50Kg de "maconha", caracterizando a prática de tráfico ilícito de entorpecentes.

Vale ressaltar que o correu José Edson Alves de Sena ("ZE") confirmou as declarações prestadas pelos policiais, ao afirmar "(...) que na data de ontem recebeu 50Kg de maconha, juntamente com seu amigo PEDRO BRITO DOS SANTOS, de uma pessoa conhecida por "Coroa": que não sabe informar quem é esta pessoa: que recebeu diretrizes para guardar a droga, em troca receberia certa quantidade de dinheiro para guardar o entorpecente; que afirma que PEDRO BRITO DOS SANTOS também enterrou a maconha: (...): que não sabe dizer quanto tempo deveria deixar a droga escondida. afirmou que receberia novas informações do "Coroa": (...) ". (fls. 64).

Alem disso, sem querer adentrar no exame da prova, vale frisar que ao ser ouvido no auto de prisão em flagrante (fl. 63), o acusado noticiou "(...) que na data de ontem recebeu uma ligação telefônica (o autuado não sabe informar de quem) onde um desconhecido lhe informava que um rapaz (o autuado não sabe informar quem é este rapaz) lhe entregaria 50Kg (cinquenta quilogramas) de maconha para guardar; que por este serviço receberia um valor em dinheiro (não sabe informar quanto receberia); que deveria aguardar novas instruções, pois outra pessoa viria buscar a droga em alguns dias: que decidiu enterrar todo material; (...) que acredita que esta droga era para ser utilizada no carnaval: (...)", somente ratificando as declarações escondidas pelos responsáveis pela prisão em flagrante do paciente.

Destarte, não se há falar em nulidade do auto de prisão em flagrante delito combatido, apresentando-se, por conseguinte, descabido o pedido de relaxamento de prisão, eis que desprovido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de respaldo fálico-jurídico que lhe de sustentação, visto que da cadeia seqüenciada dos fatos ora descritos, pode-se concluir ser, o paciente, o autor da infração descrita no referido auto flagrancial.

Corroborando tal entendimento, socorre-nos julgado, do teor seguinte:

"A anulação do atilo de flagrante delito somente tem cabimento quando demonstrada a inexistência, nele, do cumprimento de formalidade essencial ou quando comprovado legítimo prejuízo ao direito do custodiado (...) Ordem denegada." (HC 67.386/MA, Rei. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2007, DJ 07/05/2007 p. 366).

Por outro lado, conforme observou o douto Procurador de Justiça 110 parecer (fls. 139v/140), "(...) O impetrante sustenta ilegalidade do auto de prisão em flagrante, pois o paciente não estava em estado flagrancial, já que foi preso sem cometer qualquer delito. (...).

Assim, diante dos termos dos arestas acima esposados, e, considerando que após a prisão em flagrante proferiu-se novo decreto segregatório. Tal ocorrência processual torna prejudicada a análise de eventuais irregularidade ou ilegalidades do ato flagrancial. Razão pela qual se opina pela prejudicialidade da análise do tema, e, conseqüentemente, não conhecimento do writ, neste particular. (...)"

Assim, do trecho acima transcrito, extrai-se que a situação em que o paciente foi preso, surpreendido sob a guarda do entorpecente enterrado, subsume-se às regras previstas no art. 302, I, do CPP.

Além disso, nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte "não há mais se falar em irregularidade da prisão em flagrante quando a questão encontra-se superada pela superveniência do decreto de prisão preventiva, que é o novo título judicial ensejador da custódia cautelar" (RHC 64.040/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 17/11/2015, DJe 23/11/2015).

Destaca-se, ainda, que conforme informações extraídas do endereço eletrônico do Tribunal de origem, houve a prolação de sentença condenatória. Nesse aspecto, necessário asseverar que, para a Quinta Turma desta Corte, a sentença condenatória que mantém a prisão cautelar do réu somente constitui novo título judicial se agregar novos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 7/5/2015).

[...]. 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).

Na hipótese, o Juízo singular proferiu sentença em 11/12/2015, condenando o réu à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de multa, por considerá-lo incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Na mesma assentada, o Magistrado manteve a custódia preventiva, negando ao réu o direito a apelar em liberdade, por entender persistirem os requisitos da prisão cautelar.

Como se vê, não foram agregados novos fundamentos e, portanto, a sentença não configura novo título a respaldar a prisão cautelar do paciente, motivo pelo qual passo à análise do pleito de liberdade formulado no *mandamus*.

Passo ao exame dos requisitos da prisão preventiva.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, que assim dispõe:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Quanto aos pressupostos/requisitos da prisão preventiva, colhem-se estas lições do Professor Guilherme de Souza Nucci:

Entende-se pela expressão [garantia da ordem pública] a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente.

[A conveniência da instrução processual] é motivo resultante da garantia da existência do devido processo legal, no seu aspecto procedimental. A conveniência de todo processo é realização da instrução criminal de maneira lisa, equilibrada e imparcial, na busca da verdade real, interesse maior não somente da acusação, mas, sobretudo, do réu. Diante disso, abalos provocados pela atuação do acusado, [...] a fuga deliberada do local do crime, [...] dentre outras.

Asseguração da aplicação da lei penal: significa garantir a finalidade útil do processo, que é proporcionar ao Estado o exercício do seu direito de punir, aplicando a sanção devida a quem é considerado autor de infração penal NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2014, p. 699, 708 e 710).

Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que prisão cautelar esteja pautada em motivação concreta, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crime.

Nesse contexto, verifica-se que o Juiz singular, ao homologar o flagrante e decretar a prisão preventiva do paciente, pautou-se na garantia da ordem pública, nos seguintes termos (e-STJ fls. 72/73):

A prova da materialidade e os indícios de autoria do crime emergem das declarações das testemunhas e interrogatório dos autuados, e da documentação acostada ao APF.

Além disso, mesmo não possuindo antecedentes criminais neste Estado (fl.), a liberdade dos autuados acarreta sério risco à ordem pública, pois a gravidade em concreto do delito de tráfico de drogas e a real periculosidade social dos agentes exsurgem dos autos em razão da quantidade de droga apreendida, 49,315 Kg (quarenta e nove quilogramas e trezentos e quinze gramas) de maconha, o que indica dedicação à atividade criminosa, de forma organizada.

(...).

Assim, entendo que são inadequadas ou insuficientes ao caso concreto medidas cautelares diversas da prisão, isto porque evidente o periculum libertatis, uma vez que o primeiro requisito para a decretação da custódia preventiva é a garantia da ordem pública, nos termos do art. 312 do CPP.

O Tribunal de origem, por sua vez, também manteve a segregação do recorrente (e-STJ fls. 39/45):

Como se vê, o Julgador/Plantonista da Instância Primária (fls. 23/24), ao decretar o acautelamento preventivo do paciente para garantia da ordem pública, embasou-se em particularidade sobremodo importante à decretação da custódia cautelar, qual seja o malefício trazido para a sociedade em face da atividade de narcotraficância desenvolvida, em associação, pelo paciente, mormente devido à excessiva quantidade da droga apreendida, no caso 49,315 (quarenta e nove quilogramas e trezentos e quinze gramas) de "maconha" (fls. 102).

Como orienta a doutrina, a prisão preventiva pode ser ordenada "para fins externos à instrumentalidade. associada à proteção imediata, não do processo em curso, mas do conjunto de pessoas que se há de entender como sociedade. [...] A modalidade de prisão, para cumprimento desta última finalidade, seria a prisão para garantia da ordem pública", "quando se tutelar, não o processo, mas o risco de novas lesões ou reiteração criminosa",



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deduzidos, a princípio, da natureza e gravidade do crime cometido e da personalidade do agente (Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência, Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer, 4ª ed., São Paulo: Alias, 2012).

Ora, a quantidade da substância entorpecente encontrada em poder do agente, são fatores que, somados à forma de acondicionamento, enterrada em toneis num sítio, bem como às circunstâncias do flagrante, denotam a potencialidade lesiva da infração e a periculosidade social do acusado, indicativas do periculum libertatis exigido para a ordenação e preservação da prisão cautelar, afastando o suposto constrangimento de que seria vítima.

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

Não se trata de presumir a periculosidade do agente, ou mesmo a probabilidade da prática de novas infrações, a partir de meras ilações ou conjecturas desprovidas de base empírica concreta, mas de avaliar a periculosidade exigida para a imposição da medida cautelar constritiva a partir da análise das circunstâncias que cercaram o delito.

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

(...).

Assim, inviável acoimar-se de ilegal o acórdão quando manteve a prisão preventiva do paciente, pois a gravidade concreta da conduta perpetrada, somada ao real risco de continuidade nas atividades ilícitas, justificam a sua preservação na espécie.

Verifica-se, dessa forma, que a decretação da constrição preventiva não se ressent de fundamentação, mas está respaldada em justificativas idôneas e suficientes.

Desse modo, presentes elementos concretos aptos a indicar a periculosidade do acusado ao meio social, é de rigor a manutenção da custódia cautelar, fato que, por si só, constitui óbice à concessão da liberdade provisória, e.x vi do disposto no parágrafo único, do art. 310, do CPP.

Cumpre esclarecer, por outro lado, que as condições pessoais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

favoráveis, ora referidas, não têm o condão de, por si sós, garantirem ao paciente a revogação da medida constritiva se há, nos autos, elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar. Aliás, a construção jurisprudência! não discrepa de tal entendimento. Vejamos:

(...).

Além disso, na hipótese, inadequada a possibilidade de aplicação de quaisquer das medidas cautelares dispostas no artigo 319 do Código de Processo Penal, haja vista a gravidade do crime e as circunstâncias do fato.

Ademais, conforme registrado pelo douto Procurador de Justiça no parecer (fls. 142). "(...) Cautelosamente, curial registrar que, permanecendo os motivos ensejadores da prisão preventiva e inexistindo elementos novos capazes de ensejar a soltura do paciente: desnecessária fundamentação em nova decisão sobre a mesma matéria. Assim, veja-se o posicionamento consolidado do Egrégio TJPE sobre, o tema:

"(...) PENAL PROCESSUAL PENAL HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO, FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. DECISÃO DE PRONÚNCIA. DESNECESSIDADE DE NOVA FUNDAMENTAÇÃO, PERSISTEM OS MOTIVOS DAPRISÃO PREVENTIVA. I - Desnecessária nova fundamentação quando da prolação da decisão de pronúncia, uma vez que persistem os motivos ensejadores do decreto prisional e não há elementos novos capazes de ensejar a soltura do paciente. II - Ordem de negada. Decisão unânime. (...)". (Processo nº HC 8079520098171120 PE 0015414-44.2010.8.17.0000. Relator: Nivaldo Mulatinho de Medeiros Correia Filho. Julgamento: /0/11/20/0. Órgão Julgador: 3ª Câmara Criminal). (Destaques não existentes no original)

Par tudo isso, restou claro que inexistente o constrangimento ilegal, já que foi acertada tanto do decreto preventivo quanto a sua manutenção. Assim, o presente mandamus carece de argumentos para que seja concedida a ordem. (...)'.

Indubitavelmente, a prisão preventiva foi decretada segundo os pressupostos e motivos autorizadores da medida, previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, com a devida indicação dos fatos justificadores de sua imposição, nos termos do artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Ante o exposto, em consonância com o parecer da douta Procuradoria de Justiça, voto pela denegação da ordem.

No caso, as decisões precedentes demonstraram a necessidade da medida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

extrema, destacando a expressiva quantidade do entorpecente apreendido (49,315kg de maconha), fato que justifica a manutenção da medida constritiva.

Nesse sentido:

[...]. IV - No caso, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam que a liberdade do ora paciente acarretaria risco à ordem pública, notadamente se considerada a elevada quantidade de entorpecentes apreendida (mais de 200g de cocaína), circunstância que denota a prática habitual do crime de tráfico de drogas (precedentes). Habeas corpus não conhecido. (HC n. 310.021/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 16/4/2015, DJe 29/4/2015).

[...]. 3. Hipótese em que a decisão do magistrado de primeiro grau, convalidada pelo Tribunal a quo, encontra-se fundamentada na garantia da ordem pública, considerando a razoável quantidade e espécie de droga apreendida 23 porções de cocaína, com peso bruto de 17 gramas bem como o fato de terem sido encontrados, no matagal próximo, 20 tubos de cocaína idênticos àqueles apreendidos com o paciente, circunstâncias que demonstram sua periculosidade social e a gravidade da conduta perpetrada.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC n. 314.801/SP, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 5/5/2015, DJe 20/5/2015).

Dessa forma, demonstrado o *periculum libertatis* necessário à preservação da prisão cautelar, não há que se falar em ausência dos requisitos para a sua decretação, motivo pelo qual entendo que deve ser mantida a segregação do recorrente.

Registre-se, ademais, que as condições subjetivas favoráveis do paciente, tais como primariedade, bons antecedentes e ocupação lícita, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva. Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO (ART. 121, § 2º, II E IV DO CÓDIGO PENAL). ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. MODUS OPERANDI. FUGA DO DISTRITO DA CULPA. PERICULOSIDADE. AMEAÇA A TESTEMUNHAS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E DESPROVIDO.

[...] II - No caso, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, os quais evidenciam que a liberdade do ora recorrente acarretaria risco à aplicação da lei penal, notadamente se considerado o *modus operandi* utilizado para a prática, em tese, do delito, atirando na vítima na presença de várias pessoas, além do risco à conveniência da instrução criminal (ameaça à testemunha). Ademais, o recorrente, após a prática delituosa, empreendeu fuga, permanecendo foragido por mais de 5 (cinco) anos (precedentes).

III - As condições pessoais favoráveis, tais como ocupação lícita e residência fixa, entre outras, não têm o condão de, por si sós, garantirem ao recorrente a revogação da prisão preventiva se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar, o que se verifica na hipótese dos autos.

Recurso ordinário desprovido. (RHC 53.927/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 5/3/2015, DJe 17/3/2015).

Ocorre que, por outro lado, fixar o regime semiaberto e manter a prisão preventiva do paciente, negando-lhe o direito de apelar em liberdade, representa a imposição de um regime prisional mais gravoso do aquele que foi estabelecido na sentença condenatória, caso eles optem por exercer o direito constitucional ao duplo grau de jurisdição.

Assim sendo, considerando o regime inicial semiaberto imposto pela sentença, os recorrentes tem assegurado o direito inerente à modalidade intermediária, nos termos do enunciado n. 716 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: *Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória*". Nesse sentido:

[...] 5. ***Não há incompatibilidade entre a negativa de recorrer em liberdade e a fixação de regime semiaberto se preenchidos os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Contudo, deve o recorrente cumprir a respectiva pena em estabelecimento prisional compatível com o regime intermediário fixado.*** 6. ***Recurso desprovido. Ordem concedida de ofício.*** (RHC-50.146/MA, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 23/6/2015, DJe 3/8/2015).

A ordem merece, portanto, ser concedida de ofício para determinar que o paciente aguarde o exaurimento da jurisdição das instâncias ordinárias no regime prisional fixado pela sentença.

Outro não é o entendimento desta Corte. Confira-se, por oportuno:

HABEAS CORPUS. MANDAMUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. IMPETRAÇÃO CONTRA INDEFERIMENTO DE LIMINAR. SÚMULA 691/STF. EXCEPCIONALIDADE DO CASO CONCRETO. ROUBO MAJORADO. CONDENAÇÃO. NEGATIVA DO APELO EM LIBERDADE. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. REITERAÇÃO DELITIVA. RISCO CONCRETO. CUSTÓDIA JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO DE EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE COM A PRISÃO PROCESSUAL. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DA MEDIDA EXTREMA COM O MODO DE EXECUÇÃO FIXADO. COAÇÃO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADA. CONFIRMAÇÃO DA LIMINAR. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O STJ, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do STF, como forma de racionalizar o emprego do habeas corpus e prestigiar o sistema recursal, não admite a impetração em substituição ao recurso próprio, salvo nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Excepcionalmente, admite-se a superação da Súmula 691/STF, que inviabiliza a impetração de mandamus contra o indeferimento da liminar, nos casos de manifesta ilegalidade que possa justificar a concessão da ordem de ofício, circunstância verificada na espécie.

3. Não há ilegalidade quando a constrição processual está fundada na necessidade de se acautelar a ordem pública, em razão da periculosidade social do agente envolvido, denotada pelo seu histórico criminal.

4. O fato de o recorrente responder outras quatro ações penais é hábil para evidenciar que ostenta personalidade voltada à criminalidade e demonstrar a real possibilidade de reiteração, justificando sua manutenção no cárcere para recorrer.

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 persecução criminal, se presentes os motivos para a preventiva.

6. Não é razoável manter o réu segregado durante o desenrolar da ação penal, diante da persistência dos motivos que ensejaram a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prisão preventiva, e, por fim, libertá-lo apenas porque foi agraciado com regime de execução diverso do fechado, permitindo-lhe que, solto, ou mediante algumas condições, aguarde o trânsito em julgado da condenação.

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

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida em parte, de ofício, para, confirmando-se a liminar anteriormente deferida, determinar que o recorrente aguarde o julgamento de eventual apelação em estabelecimento adequado ao regime prisional fixado pelo Juízo sentenciante - o semiaberto, salvo se estiver preso por outro motivo. (HC 326.945/PI, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO – Desembargador Convocado do TJ/PE – Quinta Turma, julgado em 17/9/2015, DJe 1/10/2015).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DOS PACIENTES. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. MANUTENÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO DECRETO PREVENTIVO. MODUS OPERANDI. REGIME INICIAL SEMIABERTO. COMPATIBILIDADE ENTRE A PRISÃO CAUTELAR E O REGIME MENOS GRAVOSO. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração.

Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - 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 constitutiva 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 pelas instâncias superiores (HC n. 93498/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 18/10/2012).

IV - In casu, os pacientes foram condenados à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão em regime inicial semiaberto pelo crime de roubo majorado pelo concurso de pessoas, praticado mediante grave ameaça exercida com simulação de arma de fogo e agressão desferida contra a vítima, circunstâncias que denotam o grau de periculosidade dos agentes.

V- Dessa forma, dados concretos extraídos dos autos evidenciam que a liberdade dos pacientes acarretaria risco à ordem pública, notadamente se considerada a periculosidade, evidenciada na forma pela qual o delito foi praticado (modus operandi).

VI - Estabelecido na sentença condenatória o regime semiaberto para o início do cumprimento das penas, e ressalvado o entendimento pessoal deste relator, devem os pacientes aguardar o trânsito em julgado das condenações em tal regime, compatibilizando-se a prisão cautelar com o modo de execução determinado na sentença condenatória.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que os pacientes aguardem o trânsito em julgado das condenações no regime semiaberto. (HC 310.676/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 9/6/2015, DJe 16/6/2015).

Evidenciado está, portanto, o constrangimento ilegal apto a ensejar a atuação, de ofício, deste Superior Tribunal.

Ante o exposto, **não conheço** do writ, mas **concedo a ordem, de ofício**, para determinar que o paciente aguarde o exaurimento da jurisdição das instâncias ordinárias em estabelecimento prisional adequado ao regime fixado pelo Juízo sentenciante (o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

semiaberto), salvo se por outro motivo estiver preso.

É o meu voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0178187-0

HC 330.967 / PE
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00009222820158170370 3838393 9222820158170370

EM MESA

JULGADO: 11/10/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOSE FELIX DE LIMA SANTOS FILHO
ADVOGADO : JOSÉ FÉLIX DE LIMA SANTOS FILHO - PE030897
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : PEDRO BRITO DOS SANTOS (PRESO)
CORRÉU : JOSE EDSON ALVES DE SENA

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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.