



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 70.866 - MG (2016/0121620-3)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
RECORRENTE : FABRICIO AUGUSTO DE ALMEIDA OLIVEIRA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO. ALEGADA NULIDADE. MATÉRIA NÃO ANALISADA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PENA EM PERSPECTIVA. INVIÁVEL. SANÇÃO A SER APLICADA SERÁ DEFINIDA NO JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL. CAUTELARES DIVERSAS. IMPOSSIBILIDADE.

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 - A tese referente à suposta nulidade pela decretação da preventiva de ofício não foi debatida perante a instância precedente, não sendo possível examiná-la nesta via, sob pena de indevida supressão de instância.

III - O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é de que eventual nulidade no flagrante resta superada quando da decretação da prisão preventiva (**precedentes**).

IV - **No presente caso**, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam que a liberdade dos pacientes acarretaria **risco à ordem pública**, notadamente se considerada a quantidade e variedade de entorpecentes apreendidas (*14,8 gramas de substância semelhante a maconha, 28,9 gramas de substância semelhante a cocaína e 302,1 gramas de substância semelhante a crack*, fl. 44), bem como a apreensão de arma e munições, circunstâncias indicadoras de maior desvalor da conduta em tese perpetrada.

V - Inviável considerar, nesse momento, que a prisão cautelar seria extremamente gravosa se comparada a regime prisional a ser definido no julgamento da ação penal, por tratar-se de mera presunção em perspectiva das condições a serem imputadas ao paciente.

VI - Por fim, não é cabível a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão, **in casu**, haja vista estarem presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, consoante determina o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal.

Recurso ordinário parcialmente conhecido e, nesta extensão, desprovido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento.

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

Brasília (DF), 09 de agosto de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 70.866 - MG (2016/0121620-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de recurso ordinário em **habeas corpus**, com pedido liminar, interposto em favor de FABRÍCIO AUGUSTO DE ALMEIDA OLIVEIRA, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**.

Depreende-se dos autos que o recorrente foi preso preventivamente pela prática, **em tese**, do delito de tráfico de drogas e posse ilegal de arma de fogo de uso permitido.

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus** junto ao eg. Tribunal **a quo**, com vistas ao relaxamento da prisão preventiva, alegando a ocorrência de nulidade em decorrência da inobservância do art. 6º, V, do CPP. A ordem, por seu turno, foi denegada, em v. acórdão cuja ementa foi assim redigida:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. NÃO REALIZAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. FLAGRANTE CONVERTIDO EM PRISÃO PREVENTIVA. LIBERDADE PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. - Devidamente apreciada a regularidade do flagrante, não se verifica prejuízo na não realização da audiência de custódia, circunstância que, por si só, não enseja o relaxamento da prisão do paciente. - Cabível a manutenção da prisão imposta quando devidamente fundada em requisitos preconizados pelo artigo 312 do Código de Processo Penal" (fl. 70).

Daí o presente recurso ordinário, no qual alega o recorrente que estaria sofrendo constrangimento ilegal em razão da ausência de fundamentação idônea da decisão que determinou sua segregação cautelar.

Aduz a existência de nulidade no auto de prisão em flagrante, uma vez que "(...), não era caso de decretação de prisão preventiva; mas, sim, de relaxamento do flagrante,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por inobservância de regra técnica, o que atrai a incidência do artigo 564º inciso IV por omissão de formalidade que constitui formalidade essencial do ato" (fls. 83-84).

Outrossim, pugna pela nulidade do claustro preventivo uma vez que foi decretado de ofício pelo magistrado, eis que "não houve representação da autoridade policial e/ou da acusação, no sentido da decretação da prisão preventiva. Donde se conclui que a prisão preventiva foi decretada de ofício pelo magistrado, na fase inquisitorial, em patente afronta ao texto do art. 311. do CPP" (fl. 84).

Pondera que "A possibilidade de fixação de regime diverso e de substituição da pena por medidas restritivas de direitos é notória e reforça a desproporcionalidade em se manter presa, uma pessoa que, provavelmente, ao final da instrução processual será mantida em regime menos gravoso" (fl.82).

Considera, ainda, a possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão (fl 91).

Ao final, "Liminarmente, requeremos a concessão da ordem, em habeas corpus de ofício, reconhecendo a nulidade processual referente ao decreto cautelar de ofício, para determinar o relaxamento da prisão e expedir o salvo; a concessão da medida liminar, expedindo-se a ordem de soltura, para permitir que o recorrente aguarde em liberdade o julgamento deste recurso; e, no mérito, a concessão definitiva da ordem, para, revogar a prisão preventiva e permitir que o recorrente se defenda solto, até o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória e, de eventuais recursos raros, para nossas cortes superiores, expedindo-se o alvará de soltura" (fl. 92).

A liminar foi indeferida à fls. 100-102.

*A Subprocuradoria-Geral da República, em parecer de fls. 112-119, opinou pelo conhecimento parcial, e nesta extensão, pelo desprovimento do recurso. Transcrevo, oportunamente, a ementa do parecer, **verbis**:*

"RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. REGULARIDADE FORMAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PROGNÓSTICOS. REEXAME DE PROVAS. DESCABIMENTO. FALTA DE PRESSUPOSTOS PARA A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. INOCORRÊNCIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

Vale registrar que a questão referente à regularidade formal do decreto de prisão preventiva, na extensão apontada nas razões de recurso, não foi apreciada pelo Tribunal de origem, descabendo à Corte Superior conhecer e julgar esse capítulo, sob pena de indevida e vedada supressão de instância.

Além disso, no particular, com viastas ao atendimento da expectativa do Recorrente, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório contido nos autos, providência que não se coaduna com a via estreita do habeas corpus.

Nessa quadra, ainda, os prognósticos acerca do regime prisional a ser estabelecido em caso de condenação reclamam aprofundado ingresso no acervo probatório que se mostra incompatível com a augusta via do remédio constitucional.

Não há que se falar em constrangimento ilegal, se os pronunciamentos judiciais indicaram os elementos eficazes e concretos à legitimação da constrição cautelar, notadamente em prol da garantia da ordem pública.

Parecer pelo conhecimento parcial do recurso e, nessa extensão, pelo seu desprovimento."

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 70.866 - MG (2016/0121620-3)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO. ALEGADA NULIDADE. MATÉRIA NÃO ANALISADA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PENA EM PERSPECTIVA. INVIÁVEL. SANÇÃO A SER APLICADA SERÁ DEFINIDA NO JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL. CAUTELARES DIVERSAS. IMPOSSIBILIDADE.

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 - A tese referente à suposta nulidade pela decretação da preventiva de ofício não foi debatida perante a instância precedente, não sendo possível examiná-la nesta via, sob pena de indevida supressão de instância.

III - O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é de que eventual nulidade no flagrante resta superada quando da decretação da prisão preventiva (**precedentes**).

IV - **No presente caso**, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam que a liberdade dos pacientes acarretaria **risco à ordem pública**, notadamente se considerada a quantidade e variedade de entorpecentes apreendidas (*14,8 gramas de substância semelhante a maconha, 28,9 gramas de substância semelhante a cocaína e 302,1 gramas de substância semelhante a crack*, fl. 44), bem como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a apreensão de arma e munições, circunstâncias indicadoras de maior desvalor da conduta em tese perpetrada.

V - Inviável considerar, nesse momento, que a prisão cautelar seria extremamente gravosa se comparada a regime prisional a ser definido no julgamento da ação penal, por tratar-se de mera presunção em perspectiva das condições a serem imputadas ao paciente.

VI - Por fim, não é cabível a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão, **in casu**, haja vista estarem presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, consoante determina o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal.

Recurso ordinário parcialmente conhecido e, nesta extensão, desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Pretende o recorrente, **em síntese**, por meio do presente recurso ordinário, o reconhecimento de nulidade absoluta em virtude de omissão de formalidade na lavratura do auto de prisão em flagrante, assim como por sua segregação cautelar ter sido decretada de ofício pelo juízo de primeiro grau, em fase inquisitorial, bem como da ausência de fundamentação da r. decisão de primeira instância que decretou sua prisão preventiva.

Quanto à alegada nulidade em decorrência da conversão, de ofício, da prisão em flagrante em preventiva, **o presente recurso não deve ser conhecido.**

Isto porque, da análise dos autos, verifica-se que tal alegação sequer foi analisada pelo eg. Tribunal **a quo**, quando do julgamento do HC 1.0000.16.003209-0/000, razão pela qual fica impedida esta Corte de apreciar a questão suscitada, sob pena de indevida **supressão de instância.**

Nesse sentido é o entendimento das Turmas que compõem a 3ª Seção desta eg. Corte de Justiça, **verbis:**

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME PARA O SEMIABERTO. MANUTENÇÃO DO PACIENTE EM REGIME MAIS RIGOROSO. PLEITO DE REGIME ABERTO. AUSÊNCIA DE POSTULAÇÃO EM 1º GRAU. ILEGALIDADE INEXISTENTE. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A questão referente à manutenção do paciente no regime mais gravoso do que aquele judicialmente determinado não foi apreciada pelas instâncias ordinárias, o que impede seu conhecimento por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

3. Agravo regimental em recurso ordinário em habeas corpus improvido" (AgRg no RHC n. 48.623/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO-CABIMENTO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O DO STF. RECEPÇÃO QUALIFICADA, ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. NÃO RECONHECIMENTO DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. INDICAÇÃO DE JUSTIFICATIVA CONCRETA PARA A MANUTENÇÃO DA PRISÃO PROCESSUAL. PACIENTE SEGREGADO DESDE O FLAGRANTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO, NO PONTO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

[...]

5. O pedido de progressão de regime não foi formulado perante o Juízo das Execuções, razão pela qual não pode ser conhecido originariamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

6. Ausência de ilegalidade flagrante que permita concessão da ordem de ofício.

7. Ordem de habeas corpus não conhecida" (HC n. 220.468/PE, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 17/4/2013).

No que se refere à alegada nulidade por omissão de formalidade na lavratura do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

auto de prisão em flagrante, consistente na falta de audiência de custódia, consigne-se que o instituto da 'audiência de custódia ou de apresentação' está previsto no art. 7º, parágrafo 5 da **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**, bem como no art. 9º, parágrafo 3 do **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**, ambos os quais devidamente ratificados pelo Brasil, e incorporados no ordenamento jurídico nacional. Segue a transcrição dos referidos dispositivos:

"Art. 7 [...]

5. *Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.*"

"Art. 9

[...]

3. *Todo indivíduo preso ou detido sob acusação de uma infração penal será prontamente conduzido perante um juiz ou uma autoridade habilitada pela lei a exercer funções judiciárias e deverá ser julgado num prazo razoável ou libertado. A detenção prisional de pessoas aguardando julgamento não deve ser regra geral, mas a sua libertação pode ser subordinada a garantir que assegurem a presença do interessado no julgamento em qualquer outra fase do processo e, se for o caso disso, para execução da sentença.*"

Apesar de a promulgação das supramencionadas normas internacionais remontar ao ano de 1992, apenas mais recentemente tem-se tomado medidas no sentido de implementar a audiência de custódia no sistema processual penal brasileiro.

Por essa razão, no plano da legislação infraconstitucional, ainda vige a sistemática dos **arts. 306 e 310 do Código de Processo Penal**, nos termos dos quais o magistrado deverá analisar a higidez do auto de prisão em flagrante, que lhe será encaminhado em até 24 (vinte e quatro) horas, sem a presença do acusado, devendo, na ocasião, decidir sobre a manutenção ou não da custódia cautelar. **In verbis:**

"**Art. 306.** *A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.*

§ 1º *Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.

[...]

Art. 310. *Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:*

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação."

No entanto, a partir de **fevereiro de 2015**, com o "Projeto Audiência de Custódia", o eg. **Conselho Nacional de Justiça** envidou esforços, em conjunto com os Tribunais de Justiça dos Estados e os Tribunais Regionais Federais, para implantar, em todo o território brasileiro, a **audiência de custódia** como ato pré-processual de garantia de direitos do preso em flagrante. Desde então, ocorreu, em cada Estado da federação, a regulamentação, por meio de normas particulares, das audiências de apresentação.

Por outro lado, nos autos da **ADPF** (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) **n. 347 MC/DF**, o eg. **Supremo Tribunal Federal** deferiu **medida cautelar** para determinar que os juízes e Tribunais de todo o país, em até 90 (noventa) dias contados da decisão - datada de 9/9/2015 - determinassem a realização de **audiência de custódia**, com apresentação dos presos à autoridade judiciária no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas.

Por sua vez, a **Resolução n. 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça**, que determina a realização das audiências de custódia em todo o território nacional - publicada em 15/12/2015 -, somente entrou em vigor a partir do dia **1º/2/2016**. Em seu art. 1º, § 5º dispõe que:

"[...] O CNJ, ouvidos os órgãos jurisdicionais locais, editará ato



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*complementar a esta Resolução, regulamentando, em caráter excepcional, os prazos para apresentação à autoridade judicial da pessoa presa em Municípios ou sedes regionais a serem especificados, em que o juiz competente ou plantonista esteja impossibilitado de cumprir o prazo estabelecido no **caput** ."*

Ocorre que, **na hipótese**, o recorrente foi preso em flagrante na data de 30/12/2015 (fl. 71), portanto, precedendo a entrada em vigor da **Resolução n. 213/2015 do CNJ**. Daí porque a ausência do ato, nesse período de transição, não se considera ilegal e não deve resultar, necessariamente, na revogação da prisão cautelar.

Assim, já decidiu esta Corte de Justiça, em casos semelhantes:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERESTADUAL DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. SEGREGAÇÃO ANTERIOR À DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF NA AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - ADPF N. 347/MC-DF. ALEGAÇÃO SUPERADA. FLAGRANTE CONVERTIDO EM PRISÃO PREVENTIVA. [...] RECURSO DESPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal recentemente deferiu medida cautelar, nos autos da ADPF n. 347, fixando prazo de 90 dias - contados da concessão da medida, em 9.9.2015 - para que juízes e tribunais realizem audiências de custódia, dirigindo o preso a uma autoridade judiciária dentro de 24 horas da prisão. Nada obstante, no caso concreto, a ausência de realização de audiência de custódia não enseja o relaxamento da segregação do recorrente por dois fundamentos. Primeiro, porque ocorrida a prisão em 23.8.2015 - antes mesmo, portanto, do julgamento proferido pela Corte Suprema. E segundo, porque a prisão em flagrante do acusado foi convalidada em prisão preventiva por autoridade judiciária, o que exaure o objeto de eventual audiência de custódia. Precedentes.

[...]

3. No caso dos autos, a prisão preventiva foi adequadamente motivada, tendo o Juízo de primeiro grau demonstrado, com base em elementos concretos, a periculosidade do recorrente e a gravidade do delito, [...].

*Recurso ordinário em **habeas corpus** desprovido"* (RHC n. 66.034/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe de 11/5/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO AO TEMPO DOS FATOS. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. [...] SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. RECLAMO IMPROVIDO.

1. O flagrante ocorreu em 15-7-2015, quando não havia previsão para implementação da audiência de custódia, e em data anterior ao deferimento da medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347/DF, em 9-9-2015, que determinou aos Tribunais a viabilização da audiência de custódia no prazo de 90 dias, observados, ainda, os requisitos formais previstos em lei, conforme art. 306 do Código de Processo Penal, não se aferindo ilegalidade.

2. Não há ilegalidade na manutenção da prisão preventiva quando demonstrado, com base em fatores concretos, que a segregação se mostra necessária para preservação da ordem pública, vulnerada ante a gravidade da conduta incriminada e o risco concreto de continuidade na atividade ilícita.

[...]

6. Recurso ordinário improvido" (RHC n. 66.124/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 30/3/2016).

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXTORSÃO. ALEGAÇÃO DE INOCORRÊNCIA DE CRIME. EXAME FÁTICO-PROBATÓRIO INVIÁVEL NA VIA ESTREITA DO WRIT. NÃO COMUNICAÇÃO DO FLAGRANTE NO PRAZO LEGAL. SIMPLES IRREGULARIDADE. ATRASO PARA A REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. FASE DE TRANSIÇÃO. OBRIGATORIEDADE GRADATIVA DO ATO. PRISÃO EM FLAGRANTE ANTERIOR AO PRAZO DE ADAPTAÇÃO FIXADO PELO STF E PELO CNJ. OUTRAS ANOTAÇÕES CRIMINAIS. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO RECORRENTE. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

II - O atraso - desde que não seja demasiado - na comunicação da prisão ao juiz competente, por si só, não gera a mácula do flagrante, se observados os demais requisitos legais. Ademais, o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é de que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

eventual nulidade no flagrante resta superada quando da decretação da prisão preventiva devidamente fundamentada.

III - **In casu**, a prisão em flagrante ocorreu em 7/11/2015, portanto, antes dos prazos estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Conselho Nacional de Justiça para a obrigatoriedade das audiências de custódia em todo território nacional. Ocorrendo a prisão em flagrante neste período de transição, não há falar em nulidade da ação penal ou da prisão, máxime quando se constatou simples atraso na audiência de apresentação.

[...]

Recurso ordinário desprovido" (RHC n. 66.822/DF, **Quinta Turma, de minha relatoria**, DJe de 28/3/2016).

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 37 DA LEI 11.343/06. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONVERSÃO EM PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. IMPLEMENTAÇÃO GRADATIVA DO ATO. CUSTÓDIA ANTERIOR À RESOLUÇÃO ESTADUAL. DESPROVIMENTO.

1. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos prevêm a realização de audiência de apresentação ou de custódia, determinando a apresentação do preso à autoridade judiciária 'sem demora'. O Conselho Nacional de Justiça, em fevereiro de 2015, lançou o Projeto 'Audiência de Custódia', e os Tribunais estaduais têm editado normas visando sua implementação de forma gradativa. O Supremo Tribunal Federal, em 9.9.2015, nos autos da ADPF 347, deferiu medida cautelar para determinar que os juízes e tribunais viabilizem, em até 90 dias, a realização de audiências de custódia, possibilitando a apresentação do preso à autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas.

2. A não realização de audiência de custódia, no caso concreto, não enseja a ilegalidade da prisão cautelar. **In casu**, a prisão em flagrante ocorreu em 14.11.2014, antes da Resolução 29/2015, que disciplina a audiência de custódia no âmbito do estado do Rio de Janeiro, e antes do prazo estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal. Dessarte, não há falar em ilegalidade da prisão provisória do recorrente.

3. **Recurso ordinário desprovido**" (RHC n. 58.308/RJ, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 13/11/2015).

Outrossim, não se vislumbra qualquer ilegalidade passível de concessão da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem de ofício, uma vez que a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que eventual nulidade do flagrante fica superada com a superveniência do decreto de prisão preventiva. Tal entendimento, inclusive, encontra-se pacificado, consoante demonstram os seguintes precedentes de **ambas as Turmas que integram a Terceira Seção**:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A alegação de nulidade da prisão em flagrante encontra-se superada diante do posterior decreto de prisão preventiva, novo título ensejador da custódia cautelar do recorrente.

2. A sentença penal condenatória superveniente, que não permite ao réu recorrer em liberdade, somente prejudica o exame do habeas corpus quando contiver fundamentos diversos daqueles utilizados na decisão que decretou a prisão preventiva, o que não ocorreu no caso dos autos.

3. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

4. No caso dos autos, o recorrente possui maus antecedentes, o que justifica sua segregação cautelar para garantia da ordem pública, como forma de evitar a reiteração delitiva.

5. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido" (RHC n. 613.22/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 15/4/2016, grifei).

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. IRREGULARIDADES NA PRISÃO EM FLAGRANTE E NA BUSCA E APREENSÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUPERVENIÊNCIA DA PRISÃO PREVENTIVA. TESE SUPERADA. FLAGRANTE VÁLIDO. NULIDADE POR DERIVAÇÃO. INADMISSÍVEL. ORDEM DENEGADA.

1. Não há que se falar em ilegalidade da prisão em flagrante do paciente, pelo ingresso dos policiais em seu domicílio no período noturno, vez que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XI, autoriza a entrada da autoridade policial, seja durante o dia, seja durante a noite, independente da expedição de mandado judicial, nos casos de flagrante delito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Para se concluir que não havia situação de flagrância, seria necessário reexaminar o contexto fático-probatório dos autos, o que se afigura inviável na estreita via eleita.

3. **Não há mais que se falar em irregularidade da prisão em flagrante, porquanto encontra-se superada com a superveniência do decreto de prisão preventiva, que é o novo título judicial ensejador da custódia cautelar.**

4. Se não existiu nulidade na prisão em flagrante, não há que se falar em nulidade por derivação da busca e apreensão.

5. *Habeas corpus denegado*" (HC n. 345.547/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 28/3/2016, grifei).

Passo, assim, a analisar a irresignação quanto à fundamentação da prisão preventiva.

No que concerne ao pedido de revogação da prisão preventiva, o presente recurso **não merece provimento.**

Explico. A decisão reprochada, a meu ver, **evidenciou** de forma incontestada a necessidade e a justificativa da prisão cautelar imposta ao ora recorrente, especialmente no que tange à **garantia da ordem pública.**

Inicialmente, deve-se consignar que a prisão cautelar deve ser considerada exceção, já 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 de sua fundamentação pelas instâncias superiores.

Nesse sentido é a sedimentada jurisprudência desta Corte Superior: AgRg no RHC n. 47.220/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Regina Helena Costa**, DJe de 29/8/2014; RHC n. 36.642/RJ, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 29/8/2014; HC n. 296.276/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 27/8/2014; RHC n. 48.014/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 26/8/2014.

Tal advertência, contudo, não se aplica ao caso em exame. Transcrevo, para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delimitar a **quaestio**, o seguinte excerto da r. decisão que decretou a prisão cautelar, **in verbis**:

*"No caso em tela, mesmo sendo o Autuado primário, responde a inquérito pela mesma prática delitiva que aqui lhe é imputada, tendo sido beneficiado com uma liberdade provisória em 28/07/2015. **Constato, ainda, que as circunstâncias do crime são graves e dão conta de sua periculosidade, tendo o Autuado sido flagrado na prática delituosa do tráfico de drogas, constando do APF informação de que os policiais compareceram à residência do Autuado em razão de haver denúncia de que ele teria participado de um assalto a uma joalheria no shopping Boulevard e estaria guardando a arma utilizada no assalto, onde lograram êxito em localizar 1 pistola calibre 380, munições de calibre 380, 14,8 gramas de substância semelhante a maconha, 28,9 gramas de substância semelhante a cocaína e 302,1 gramas de substância semelhante a crack, revelando-se inadequada a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão preventiva, que se faz necessária para a garantia da ordem pública, vulnerabilizada com o crescente e alarmante número de crimes que vem assolando nossa sociedade"** (fl. 44, grifei).*

Da análise do excerto acima colacionado, verifica-se que a decisão reprochada evidenciou, de maneira incontestada, lastreada em **dados concretos extraídos dos autos**, a justificativa da prisão cautelar imposta ao recorrente, em razão da necessidade de acautelamento **da ordem pública**.

A dinâmica dos fatos, portanto, revela a **periculosidade** e a **gravidade em concreto** da conduta supostamente perpetrada pelo recorrente, haja vista a quantidade e variedade de drogas, assim como a arma e munições encontradas na residência deste, tornando necessária a imposição da medida extrema em seu desfavor.

Neste sentido, os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. NEGATIVA DE AUTORIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE SOCIAL. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES DO ART. 319 DO CPP. INVIABILIDADE. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Na hipótese, é necessário verificar que a decisão do Magistrado de primeiro grau e o acórdão impetrado encontram-se fundamentados na garantia da ordem pública, considerando as circunstâncias do caso concreto, uma vez que o acusado foi flagrado na posse de considerável quantidade de drogas - 1,08 kg de maconha -, tendo sido apreendido, além disso, um revólver calibre 38, com numeração raspada, e 4 cartuchos íntegros, de mesmo calibre, os quais o paciente havia escondido em um terreno baldio, elementos estes que demonstram a gravidade da conduta perpetrada e a periculosidade social do acusado, justificando-se, nesse contexto, a segregação cautelar como forma de resguardar a ordem pública.

5. Eventuais condições subjetivas favoráveis ao paciente não são impeditivas à decretação da prisão cautelar, caso estejam presentes os requisitos autorizadores da referida segregação. Precedentes.

6. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão; o contexto fático indica que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública.

7. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 356.116/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 13/6/2016, grifei).

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA. CIRCUNSTÂNCIAS. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS. APREENSÃO DE ARMAMENTO. FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. Não é ilegal o encarceramento provisório decretado para o resguardo da ordem pública, em razão das circunstâncias específicas do caso, que revelam a periculosidade do paciente, posto que, quando preso em flagrante, se encontrava de posse de diferentes tipos de drogas (maconha e cocaína), arma de fogo, munições e balança de precisão, tudo a conferir lastro de legitimidade à medida extrema.

2. Ordem denegada" (HC n. 354.988/RS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 13/6/2016).

Por outro lado, quanto à alegação de ser desproporcional a manutenção da prisão cautelar do paciente, tendo em vista que "provavelmente, ao final da instrução processual será mantida em regime menos gravoso", à fl. 82, tenho que cuida-se de mera presunção em perspectiva das condições a serem imputadas ao paciente no julgamento da ação penal, sendo, pois, inviável considerar, nesse momento, que a prisão cautelar seria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

extremamente gravosa se comparada a regime prisional imaginário.

Nesse sentido, confira-se precedente deste Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS. FORMAÇÃO DE QUADRILHA (INVESTIGAÇÃO CRIMINAL EM CURSO QUANTO AOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO E CONTRA A FÉ PÚBLICA). INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. FRAUDE ATRAVÉS DA CLONAGEM DE CARTÕES. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA RESPONSÁVEL POR PREJUÍZOS SUPERIORES A DOIS MILHÕES DE REAIS. PRISÃO PREVENTIVA. POSSIBILIDADE DE FUGA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ALEGAÇÃO DE POSSÍVEL APLICAÇÃO DE REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL EM CASO DE CONDENAÇÃO. MERA PRESUNÇÃO EM PERSPECTIVA.

1. As prisões de natureza cautelar, ou seja, aquelas que antecedem o trânsito em julgado de decisão condenatória, possuem caráter de excepcionalidade e, por essa razão, sua decretação/manutenção deve vir acompanhada de efetiva fundamentação, demonstrando-se, principalmente, a necessidade de sua imposição. [...]

5. **A prisão cautelar não é pena, mas sim medida imposta para garantia da aplicação da lei penal, não podendo ser cassada com base em conjecturas defensivas sobre as possíveis condições de cumprimento de eventual sanção, a serem definidas pela Instância Ordinária, especialmente quando presentes fortes elementos para justificar a manutenção da segregação.**

6. *Ordem denegada*" (HC n. 200.796/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Og Fernandes**, DJe de 9/5/2012, grifei).

Deve-se ressaltar, por último, que não é cabível a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão, **in casu**, haja vista estarem presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, consoante determina o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, **conheço parcialmente do recurso ordinário e, nesta parte, nego-lhe provimento.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0121620-3

RHC 70.866 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00320906820168130000 10000160032090001

EM MESA

JULGADO: 09/08/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FABRICIO AUGUSTO DE ALMEIDA OLIVEIRA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, conheceu parcialmente do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento."

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