



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 364.977 - SP (2016/0200779-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - SP227133
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS MOURA DOS SANTOS IGNACIO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. NEGATIVA DE APELO EM LIBERDADE. FUNDAMENTOS DO DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA MANTIDOS. AUSÊNCIA DE NOVO TÍTULO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA CONSTRUÇÃO AO REGIME SEMIABERTO ESTABELECIDO NA SENTENÇA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM 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. Conforme precedente desta Quinta Turma, *a superveniência de sentença de pronúncia ou condenatória não constituirá "título novo", de modo a prejudicar o conhecimento do habeas corpus, se a ela nenhum fundamento novo for acrescentado* (HC 288.716/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO – Desembargador Convocado do TJ/SC –, Quinta Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 1º/12/2014).

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

4. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

5. No presente caso, a prisão preventiva está devidamente justificada para a garantia da ordem pública, em razão da periculosidade do agente, evidenciada pela qualidade e expressiva quantidade de droga apreendida (143 porções de cocaína, 310 pedras de *crack* e 25 porções de maconha).

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

7. Sabe-se que *não há incompatibilidade na fixação do modo semiaberto de cumprimento da pena e o instituto da prisão preventiva, bastando a adequação da constrição ao modo de execução estabelecido, o que já foi determinado na sentença* (RHC n. 64.803/MG, Relatório Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 15/12/2015, DJe 02/02/2016).

8. No caso, tendo em vista a imposição do regime semiaberto na condenação, faz-se necessário compatibilizar a manutenção da custódia cautelar com o aludido modo de execução, tudo a fim de não prejudicar o condenado, nos termos da Súmula n. 716 do STF.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para determinar que o paciente aguarde o trânsito em julgado da condenação em estabelecimento adequado ao regime prisional fixado pelo sentenciante - o semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de setembro de 2016(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 364.977 - SP (2016/0200779-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - SP227133
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS MOURA DOS SANTOS IGNACIO (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de LUCAS MOURA DOS SANTOS IGNACIO - preso cautelarmente por suposta infração ao art. 33 da Lei n. 11.343/2006 - contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2069469-46.2016.8.26.0000) que denegou a ordem nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 26):

HABEAS CORPUS - ALEGAÇÃO DE QUE O PACIENTE SOFRE CONSTRANGIMENTO ILEGAL, POSTO QUE POSSUI OS REQUISITOS NECESSÁRIOS A RECEPÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA. SEGUNDO ARGUMENTO QUANTO A DEVER SER OBSERVADO O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. TERCEIRO DE QUE A MEDIDA CONSTRITIVA FOI MANTIDA EMBASADA NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. QUARTO DE QUE A LEI NÃO EXIGE COMPROVANTES DE OCUPAÇÃO LÍCITA E DE RESIDÊNCIA FIXA PARA USUFRUTO DA BENESSE. AÇÃO PENAL INSTAURADA PARA APURAÇÃO DA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06.

CASO EM QUE, CONFORME A LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL E A INFRACONSTITUCIONAL VIGENTES, BEM COMO REMANSOSA JURISPRUDÊNCIA, A IMPUTAÇÃO FEITA INVIABILIZA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO REQUERIDO.

DESPACHO JUDICIAL QUE SE MOSTRA DEVIDAMENTE EMBASADO EM REQUISITOS DO ART. 312, CPP.

PRISÃO QUE NÃO OFENDE O PRINCÍPIO SUPRARREFERIDO, DADA A SUA NATUREZA PROCESSUAL CAUTELAR.

EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DOMICÍLIO CERTO QUE ENCONTRA AMPARO NO ART. 328, DO CPP.

Na presente impetração, a defesa alega, em síntese, não estarem presentes os requisitos autorizadores da medida constritiva cautelar previstos no art. 312 do CPP, haja



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vista o decreto prisional está pautado na gravidade abstrata do delito e em sua classificação como crime hediondo.

Sublinha ser o paciente primário, detentor de bons antecedentes, além de possuir residência fixa no distrito da culpa.

Diante disso, requer a revogação do decreto prisional do paciente.

Indeferida a liminar (e-STJ fl. 17) e prestadas as informações (e-STJ fls. 45/71), o Ministério Público Federal manifestou-se pela inadmissibilidade do *writ* e, caso admitido, pela concessão da ordem (e-STJ fls. 76/81).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 364.977 - SP (2016/0200779-8)

VOTO

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

O presente *habeas corpus* não merece ser conhecido por ausência de regularidade formal, qual seja, a adequação da via eleita.

De acordo com a nossa sistemática recursal, o recurso cabível contra acórdão do Tribunal de origem que denega a ordem no *habeas corpus* é o recurso ordinário, consoante dispõe o art. 105, II, "a", da Constituição Federal.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando assim o sistema recursal vigente. Admite-se, entretanto, em casos de flagrante ilegalidade, a concessão da ordem, de ofício.

Nesse sentido, confirmam-se:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. 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 DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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. (...). Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. ADULTERAÇÃO DE SINAL DE VEÍCULO AUTOMOTOR, FALSIDADE IDEOLÓGICA, FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO E USO DE DOCUMENTO FALSO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRESENÇA DE ELEMENTO CONCRETO A JUSTIFICAR A NECESSIDADE DA MEDIDA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE EVIDENCIADA PELA REITERAÇÃO DELITIVA DO ACUSADO. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE PATENTE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA. MATÉRIA FÁTICA INSUSCETÍVEL DE APRECIÇÃO NA VIA ELEITA. INDEVIDA SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO DE LIVRAMENTO CONDICIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

I - Acompanhando o entendimento firmado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus n. 109.956, de relatoria do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, a 5ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir o uso do writ como substitutivo de recurso ordinário, previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição da República e 30 da Lei n. 8.038/1990, sob pena de frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

II - O entendimento desta Corte evoluiu para não mais se admitir o manejo do habeas corpus em substituição ao recurso próprio, bem assim como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes.

III - A prisão cautelar, nos termos do art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República, é medida excepcional de privação de liberdade, que somente poderá ser adotada quando as circunstâncias do caso concreto, devidamente fundamentadas no art. 312, do Código de Processo Penal, demonstrarem a sua imprescindibilidade.

IV - A prisão preventiva está devidamente fundamentada na necessidade de garantia da ordem pública, porquanto evidenciada a periculosidade do Paciente devido ao seu envolvimento anterior em práticas criminosas, demonstrando fazer da prática de delitos o seu meio de vida, tendo, inclusive, praticado os crimes durante o seu livramento condicional.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

V - A verificação dos indícios de autoria a ensejar a prisão processual consiste em situação que implicaria o revolvimento fático-probatório dos autos, inviável em sede de habeas corpus.

VI - A legalidade da suspensão do livramento condicional do Paciente, ora questionada, não foi apreciada pelo Tribunal competente, o que impede o exame da matéria nesta oportunidade, sob pena de incorrer em vedada supressão de instância.

VII - Habeas corpus não conhecido. (HC 276.809/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, Quinta Turma, julgado em 6/5/2014, DJe 12/5/2014)

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresse, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, embora o presente *habeas corpus* não possa ser conhecido, em respeito ao princípio constitucional da ampla defesa e para prestigiar a finalidade do remédio constitucional, passo à análise da prisão cautelar do paciente, a fim de verificar se é o caso de flagrante constrangimento ilegal hábil a justificar a atuação, de ofício, deste Superior Tribunal de Justiça.

Busca-se, em síntese, no presente recurso, a revogação da prisão preventiva do paciente preso em flagrante e denunciado por tráfico ilícito de entorpecentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De início, conforme informações prestadas pela apontada autoridade coatora, 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 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 19/7/2016, condenando o recorrente à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de multa, por considerá-lo incurso nas sanções do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Na mesma assentada, o Magistrado manteve a custódia preventiva, negando ao réu o direito a apelar em liberdade, sem, contudo, agregar novos fundamentos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, 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*.

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

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 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 fl. 24):

A custódia cautelar do indiciado c medida que se impõe.

No mais, verifica-se dos autos que o investigado foi preso em flagrante delito pela prática de conduta que se insere pelo menos em tese em tráfico de entorpecentes, pois encontrado em seu poder grande quantidade entorpecentes apropriados ao varejo além de dinheiro.

O crime em questão é equiparado aos crimes hediondos, tratando-se, portanto, de conduta grave. Há indícios de autoria e prova da materialidade.

É certo que a Lei 11.464/07 estabeleceu que os crimes equiparados aos hediondos são passíveis de liberdade provisória. Entretanto, não houve modificação na gravidade do delito objeto do presente flagrante, que causa inúmeros malefícios à sociedade.

Assim, a custódia do acusado é necessária para a garantia da ordem pública. Também é necessária para garantia da futura instrução criminal, vez que, em liberdade, os acusados poderão não ser encontrados. Ademais, é certo que nos autos não consta prova concreta de residência fixa e ocupação lícita.

Assim, ante tais circunstâncias, presentes os requisitos do art. 282 do CPP, quais sejam, a necessidade da medida para a evitar a prática de novos delitos, bem como por se revelarem inadequadas ao crime em questão eventuais medidas cautelares diversas da prisão preventiva, nos termos do art. 310, II, do CPP, e, dessa forma, CONVERTO a prisão em flagrante em prisão preventiva do investigado LUCAS MOURA DOS SANTOS IGNACIO, qualificado nos autos, nos termos do art. 312 do CPP, especialmente a garantia da ordem pública.

O Tribunal de origem, por sua vez, também manteve a segregação do recorrente (e-STJ fls. 28/34):

Das informações prestadas pela digna autoridade, dita coatora, e das peças reprográficas que instruem os autos, se constata que o paciente está processado nos termos do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06 (fl. 25), qual seja, por prática, em tese, de crime doloso, gravíssimo, inafiançável e equiparado aos hediondos, somando-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a tal que, além disso, o próprio artigo 323, inciso II, no Código de Processo Penal, conforme modificação nele efetivada por força da Lei nº 12.403/2011, expressamente veda a concessão da fiança para o "tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins", entre outros crimes gravíssimos.

E tudo isso se dá no sentido de reafirmar o espírito da Constituição Federal, no seu artigo 5º, XLIII, ao tratar com maior rigor, entre outros delitos, "o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins", que considera inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, o que vai bem ao encontro dos reflexos extremamente danosos que geram na sociedade, lesando profundamente a saúde pública, atingindo em especial a juventude, em tese se constituindo em fator gerador de outros crimes dolosos, também graves, notadamente contra a pessoa e o patrimônio. A Lei Maior frisa, inclusive, no inciso LI, do mesmo artigo 5º, que o único caso passível de extradição do nacional se dá por seu "comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins", o que reforça a convicção, portanto, do tratamento especial, motivadamente mais rígido que, quer a legislação constitucional, quer a infraconstitucional, reservam para aquele que é acusado do exercício do narcotráfico, daí porque, por óbvio, não há que se conceder liberdade provisória no caso.

(...).

E quanto aos bons predicados invocados em prol do suplicante, tais, por si só, não elidem a manutenção da medida extrema, consoante preleciona Guilherme de Souza Nucci: — "a primariedade, bons antecedentes e residência fixa não são obstáculos para a decretação da prisão preventiva: as causas enumeradas no artigo 312 são suficientes para a decretação da custódia cautelar de indiciado ou réu. O fato de o agente ser primário, não ostentar antecedentes e ter residência fixa não o levam a conseguir um alvará permanente de impunidade, livrando-se da prisão cautelar, visto que essa tem outros fundamentos" {in Código de Processo Penal Comentado, 8ª edição, Ed. RT, p. 627, 2008, São Paulo).

(...).

Por derradeiro, acerca do princípio constitucional da presunção de inocência, é de se observar que antes da edição da Lei 12.403/11, que revogou os artigos 393 e 595, do Código de Processo Penal, o Superior Tribunal de Justiça, em v. Aresto da lavra do Ministro Félix Ficher, já havia decidido que: - "O princípio da inocência (art. 5º, inciso LVII da Lex Máxima) não é incompatível com a exigência da prisão provisória para apelar (Súmula nº 09 - STJ).

A premissa continua a mesma, desde que demonstrada a necessidade e a adequabilidade da medida extrema, o que se constata no caso em tela, a ensejar a manutenção da custódia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecipada.

Dessa forma, ainda que a nova ordem constitucional consagre, no capítulo das garantias individuais, o princípio da presunção de inocência, e que a faculdade de aguardar o julgamento em liberdade seja regra, não tem aplicação na espécie, vez que a prisão antes do trânsito em julgado do édito condenatório pode ser admitida a título de cautela.

Saliente-se que o princípio constitucional da presunção de inocência, disposto no artigo 5º, LVII, da Lei maior, não impede a segregação cautelar do autor de crime, por interesse da própria sociedade, quando presente motivo que a justifique, como no caso.

(...).

E da leitura da r. decisão judicial reprografada a fl. 19, se vislumbra que se mostra devidamente embasada em requisitos do artigo 312, do Código Adjetivo, tendo o Julgador consignado que "(...) o investigado foi preso em flagrante delito (...), pois encontrado em seu poder grande quantidade de entorpecentes apropriados ao varejo além de dinheiro", acrescentando que "não consta prova concreta de residência fixa e ocupação lícita" (fl. 19).

Acrescente-se que a gravidade dessa imputação, e a natural periculosidade atribuída a quem é acusado de ser agente ativo da mesma, por si só já recomendam a segregação cautelar, daí porque não há qualquer razão plausível a ensejar a concessão da liberdade provisória em prol do suplicante, tampouco o relaxamento da medida constritiva.

Por fim, ao contrário do alegado, quanto a não existir previsão legal para que se comprove residência fixa e/ou ocupação lícita, para se usufruir da benesse pleiteada, tal também não procede, consoante se denota do artigo 328, do Código de Processo Penal, que demonstra a existência de expressa previsão de comprovação de domicílio certo em casos de concessão de fiança, espécie da qual a liberdade provisória é gênero.

No caso, as decisões precedentes demonstraram a necessidade da medida extrema, destacando a qualidade e a expressiva quantidade do entorpecente apreendido (143 porções de cocaína, 310 pedras de crack e 25 porções 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 recorrente, tais como primariedade e bons antecedentes, 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. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Por outro lado, sabe-se que não há incompatibilidade na fixação do modo semiaberto de cumprimento da pena e o instituto da prisão preventiva, bastando a adequação da constrição ao modo de execução estabelecido, o que já foi determinado na sentença (RHC n. 64.803/MG, Relatório Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 02/02/2016).

No caso, ao que se tem dos autos, há ofensa ao princípio da homogeneidade, pois o paciente encontra-se preso em regime mais gravoso ao que foi condenado.

Assim, tendo em vista a imposição do regime semiaberto na condenação, faz-se necessário compatibilizar a manutenção da custódia cautelar com o aludido modo de execução, tudo a fim de não prejudicar o condenado, nos termos da Súmula n. 716 do STF, segundo a qual:

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.

A propósito:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. CONCURSO DE AGENTES. EMPREGO DE VIOLÊNCIA REAL CONTRA AS VÍTIMAS. CORRUPÇÃO DE MENORES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO. NEGATIVA DO APELO EM LIBERDADE. RÉU QUE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PERMANECEU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. GRAVIDADE CONCRETA. REGISTRO CRIMINAL ANTERIOR PELO MESMO DELITO. REITERAÇÃO DELITIVA. RISCO EFETIVO. PERICULOSIDADE SOCIAL DO AGENTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. REGIME INICIAL SEMIABERTO FIXADO NA SENTENÇA. NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO DA PREVENTIVA COM O MODO DE EXECUÇÃO IMPOSTO NO ÉDITO REPRESSIVO. RECLAMO IMPROVIDO. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

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

2. Caso em que o recorrente restou condenado por roubo majorado, praticado em concurso com um adolescente e mediante violência real contra as vítimas - tendo uma sido agredida pelo réu com um soco e a outra recebido um tapa na cabeça desferido pelo menor - além de terem sido ameaçadas de agressão com uso de faca pelos agentes, que lograram subtrair, na ocasião, os aparelhos de telefonia celular dos ofendidos.

3. O fato de o réu responder outro processo criminal acusado pela prática de roubo revela a inclinação à criminalidade, corroborando o periculum libertatis exigido para a preventiva.

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

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 persistentes os motivos para a preventiva.

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. Recurso ordinário improvido, concedendo-se, contudo, a ordem de habeas corpus de ofício, para determinar que o recorrente aguarde o julgamento de eventual apelação em estabelecimento adequado ao regime prisional fixado pelo Juízo sentenciante - o semiaberto. (RHC 69.899/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 03/06/2016) - grifei.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **não conheço do writ**. Contudo, **concedo a ordem ex officio**, apenas para determinar que o paciente aguarde o trânsito em julgado da condenação em estabelecimento adequado ao regime prisional fixado pelo sentenciante - o semiaberto.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0200779-8

HC 364.977 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20160000423499 206946920168260000

EM MESA

JULGADO: 20/09/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - SP227133
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: LUCAS MOURA DOS SANTOS IGNACIO (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Prisão Preventiva

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, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.