



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 334.920 - MS (2015/0217559-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : FRANCISCO RICARDO DE MORAIS ARRAIS
ADVOGADO : FRANCISCO RICARDO DE MORAIS ARRAIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : LUIS FELIPE FERREIRA DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. CÁRCERE JUSTIFICADO PELOS MESMOS FUNDAMENTOS. REGISTROS CRIMINAIS ANTERIORES. REITERAÇÃO DELITIVA. RISCO CONCRETO. NECESSIDADE DE SEGREGAÇÃO PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. COMPATIBILIZAÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR COM O REGIME IMPOSTO NA SENTENÇA. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. A superveniente prolação de sentença somente prejudica o exame da tese vertida no *mandamus* acerca de eventual fundamentação idônea do decreto de prisão preventiva se o Juiz de piso analisar novamente o cenário fático-processual. Caso a ponderação à manutenção da custódia do réu não guarde fundamento próprio, mas sim as mesmas justificativas expostas anteriormente no decreto de prisão preventiva, não fica esvaziado o objeto da impetração (Precedentes).
2. No caso, as decisões proferidas pelas instâncias ordinárias demonstraram a necessidade da medida extrema, ressaltando notadamente que o paciente responde a outras ações penais por idêntico crime.
3. O comportamento desvirtuado reiterado pelo agente revela afeição à vida criminosa e a sua periculosidade. Necessária, pois, a sua segregação cautelar, a fim de ser resguardada a ordem pública, diante do fundado receio de reiteração delitiva (Precedentes).
4. Condições subjetivas favoráveis ao paciente não são impeditivas da sua prisão cautelar, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva ou subjetiva que autorizem a decretação do cárcere (Precedentes).
5. Apesar da negativa do direito de recorrer em liberdade, o Juízo singular adotou a jurisprudência dominante na Quinta Turma deste



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Superior Tribunal, no sentido da possibilidade de compatibilização entre a segregação cautelar e o regime menos gravoso estabelecido na sentença, de modo que, até o trânsito em julgado, devam ser assegurados ao paciente os direitos concernentes ao regime semiaberto.

6. Não havendo que se falar em constrangimento ilegal a ser reparado por esta Corte, o *habeas corpus* não foi conhecido.

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. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de fevereiro de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 334.920 - MS (2015/0217559-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : FRANCISCO RICARDO DE MORAIS ARRAIS
ADVOGADO : FRANCISCO RICARDO DE MORAIS ARRAIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : LUIS FELIPE FERREIRA DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Foi o presente *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LUIS FELIPE FERREIRA DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul que manteve a prisão cautelar decretada pelo Juízo singular. Veja-se a ementa do julgado (e-STJ fl. 92):

HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS e ASSOCIAÇÃO PARA TRÁFICO - PRESENTES REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO CAUTELAR - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS - IRRELEVÂNCIA - ORDEM DENEGADA.

Estão presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, vez que há provas da materialidade do delito e indícios suficientes de autoria.

A medida cautelar se justifica pela necessidade de garantir a ordem pública, em razão da gravidade concreta do delito, tráfico de drogas e em face da apreensão de entorpecente com o paciente, qual seja, 63 (sessenta e três) trouxinhas, pesando aproximadamente 35 g (trinta e cinco gramas) de cocaína, além da quantia de R\$ 80,00 (oitenta reais) localizada em um dos bolsos da sua bermuda.

Eventuais condições pessoais favoráveis, ainda que comprovadas, não bastam, por si sós, para garantirem a liberdade provisória, mormente quando presentes os pressupostos da prisão preventiva.

COM O PARECER, ORDEM DENEGADA.

Noticiam os autos que o paciente foi preso em flagrante delito em 01/7/2015 (prisão convertida em preventiva no dia 7/7/2015 – e-STJ fls. 45/49) pela suposta prática do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, encontrando-se recolhido na Penitenciária de Segurança Média de Três Lagoas/MS (e-STJ fl. 2).

Inconformado com a negativa de concessão do *writ*, aduz o impetrante que *"a conduta por ele perpetrada não enseja a prisão preventiva, uma vez que a conduta núcleo do tipo por ele perpetrada é a do art. 28 (não punível com pena privativa de liberdade), e não a do art. 33"* (e-STJ fl. 5).

Narra que possuía a substância (cocaína) *in natura* embalada em porções menores apenas para facilitar o consumo; que não foram encontrados com ele apetrechos da mercancia de drogas, tampouco houve comprovação de que o entorpecente encontrado lhe pertencia (e-STJ fl. 5). Argumenta, ainda, que a sua confissão merece ser relativizada, uma vez que a autoridade policial costuma agir com extrema violência, constringendo física e psicologicamente os abordados (e-STJ fl. 5).

O impetrante sustenta, ainda, estarem ausentes a justa causa e os requisitos legais autorizadores da segregação cautelar. Afirma, nesse contexto, que os elementos subjetivos lhes são favoráveis: é primário, possui residência e trabalho fixos, não possui passagens pretéritas pela polícia (e-STJ fl. 6). Ademais, compromete-se a comparecer a todos os atos para os quais for intimado.

Pugna pela antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional para que seja colocado imediatamente em liberdade. No mérito, pede a confirmação da medida liminar.

O pleito urgente foi indeferido (e-STJ fls. 105/107).

Prestadas informações pela autoridade coatora, opinou o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *habeas corpus* (e-STJ fls. 115/127 e 132/138, respectivamente).

Tendo-se solicitado novas informações acerca da ação penal (e-STJ fl. 140), foi-nos remetida cópia da sentença condenatória, proferida em 7/12/2015, com a notícia de que o acusado foi transferido para o sistema prisional alusivo ao regime semiaberto, bem como que foi interposta apelação, ainda pendente do oferecimento de razões recursais (e-STJ



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fls. 146 e 155/178).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 334.920 - MS (2015/0217559-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

Nesse sentido, encontram-se, por exemplo, estes julgados: HC 313.318/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgamento em 7/5/2015, DJ de 21/5/2015; HC 321.436/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/5/2015, DJ de 27/5/2015.

No entanto, nada impede que, de ofício, este Tribunal Superior constate a existência de ilegalidade flagrante, circunstância que ora passo a examinar.

Cuida-se de caso em que, comunicado acerca do flagrante, o Juízo da 2ª Vara Criminal de Três Lagoas/MS converteu a prisão de LUIS FELIPE FERREIRA DA SILVA e da corré Gabriela Candida de Souza em preventiva, em decisão de seguintes termos (e-STJ fls. 45/48):

[...] Analisando o contido no auto de prisão em flagrante, observo o preenchimento dos pressupostos da prisão cautelar, mormente pelos depoimentos de testemunhas e apreensão da droga. Com efeito, encontram-se presentes os requisitos de prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria. Ademais, trata-se de crime cuja pena máxima suplanta quatro anos de reclusão.

Nesse contexto, observo que se trata de delito equiparado a hediondo, o que, por si, exige postura mais rígida do Estado-juiz na eventual concessão de benefícios como a liberdade provisória. [...]

Nessa ordem de idéias, a manutenção da custódia se justifica em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atenção à garantia da ordem pública. Vale ressaltar que a quantidade de entorpecente apreendido é significativa, além de se tratar de crime grave, sendo equiparado a hediondo, ensejador de clamor público, devendo se acautelar o meio social e garantir a credibilidade da justiça.

Conforme recente entendimento jurisprudencial, o tráfico de drogas é considerado crime de perigo permanente, o qual acarreta risco social efetivo à sociedade, motivo pelo qual estaria configurada a vulnerabilidade da garantia da ordem pública. [...]

Ademais, não há comprovação de residência fixa e ocupação lícita dos autuados. Por tal motivo, a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva também é necessária para assegurar a aplicação da lei penal.

O fato de os investigados serem tecnicamente primários, por si só, não lhes conferem o direito subjetivo ao benefício da liberdade provisória. [...]

Destarte, vislumbra-se da análise do caso concreto que não se revelam adequadas quaisquer das medidas cautelares previstas no artigo 319, do CPP.

Diante do exposto, estando presentes os requisitos do art. 313, inciso I e 312, ambos do Código de Processo Penal, visualizada a inadequação das medidas cautelares previstas no art. 319 do referido diploma, CONVERTO a prisão em flagrante de Gabriela Candida de Souza e Luís Felipe Ferreira da Silva em prisão preventiva. [...](negritos acrescidos)

Irresignada com o decreto prisional, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal local. A ordem foi denegada, sob os seguintes argumentos (e-STJ fls. 95/96):

[...] A medida cautelar se justifica pela necessidade de garantir a ordem pública, em razão da gravidade concreta do delito, tráfico de drogas e em face da apreensão [de] entorpecente com o paciente, 63 (sessenta e três) trouxinhas, pesando aproximadamente 35 g (trinta e cinco gramas) de cocaína, além da quantia de R\$ 80,00 (oitenta reais) localizada em um dos bolsos da sua bermuda, conforme auto de prisão em flagrante de fls. 08-09 (autos nº 0004272-42.2015.8.12.0021) e laudo de constatação de fl. 25. [...]

O paciente comprovou morar com sua genitora (fl. 12), exercer atividade lícita (fls. 10), mas não possuir bons antecedentes (fl. 27). Contudo, mesmo que comprovadas condições pessoais favoráveis do paciente, não bastam, por si sós, para garantirem a liberdade provisória, mormente quando presentes os pressupostos da prisão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preventiva, ... [...]

Ressalte-se, ainda, que o crime em tela é punido com pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos.

Diante da presença dos pressupostos autorizadores da segregação cautelar e mediante as circunstâncias do caso em concreto que revelam a efetiva necessidade da custódia cautelar, não há constrangimento ilegal a ser sanado pelo writ.

Por tais fundamentos, necessário o cárcere e incabível a substituição da prisão preventiva por quaisquer outras medidas diversas da prisão elencadas no art. 319, do Código de Processo Penal, por serem insuficientes e inadequados ao caso concreto.

Com o parecer, denego a ordem. (grifos nossos)

A sentença condenatória, por sua vez, manteve a prisão cautelar, ressaltando o seguinte (e-STJ fl. 170):

[...] ... torno a pena definitiva a condenação para LUIS FELIPE FERREIRA DA SILVA, qualificado nos autos, em 05 (cinco) anos de reclusão, e 500 (quinhentos) dias multa. [...]

*Consideradas as circunstâncias judiciais já sopesadas, o quantum de pena aplicado e a reprovabilidade concreta da conduta perpetrada pela ré, **fixo o regime inicial semi-aberto para o cumprimento da pena**, nos termos do art. 33, § 2º, "b" e art. 59, ambos do Código Penal, por entendê-lo necessário para reprovação e prevenção do crime. [...]*

*Os sentenciados permaneceram presos durante a instrução criminal, devendo, pois, continuarem recolhidos após a prolação da sentença condenatória. Se antes mesmo do julgamento do mérito já estavam cautelarmente recolhidos, com mais lógica assim devam permanecer após a condenação, já que os motivos que os levaram à prisão cautelar não findaram, restando intacto o periculum libertatis, consistente na garantia da ordem pública. Agora que sentenciados, há, ainda, a necessidade de resguardar também a aplicação da lei penal. Assim, **DENEGO** aos sentenciados o direito de responder à eventual recurso em liberdade, mas autorizo suas transferências para as unidades prisionais correspondentes aos regimes semiaberto feminino e masculino. [...]* (negritos incluídos)

Cumpre-se verificar se a prisão cautelar encontra-se devidamente fundamentada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nem se alegue que a posterior sentença condenatória traduz-se em fato superveniente, capaz de tornar prejudicada a análise do pleito deduzido neste *mandamus*. Isso porque a motivação declinada pelo magistrado singular para manter a prisão provisória em sede de sentença condenatória, como se pode ver, apenas repetiu os mesmos elementos que determinaram a custódia preventiva.

Em não havendo novos fundamentos no novo título, não se há de declarar a supressão de instância. Se o Juiz de piso, ao proferir a sentença condenatória, não trouxe fundamento próprio, não analisou de outra forma o cenário fático-processual; ao revés, trouxe a mesma justificativa já exposta anteriormente no decreto de prisão preventiva, não fica esvaziado o objeto da impetração. Nesse sentido:

[...] CUSTÓDIA CAUTELAR. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. NECESSIDADE DA PRISÃO JUSTIFICADA COM NOVOS FUNDAMENTOS. ARGUMENTOS DA IMPETRAÇÃO PREJUDICADOS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. Da análise do édito repressivo, superveniente à presente impetração, infere-se que a ordem de prisão exarada em desfavor do paciente decorre, agora, do referido título, já que o magistrado singular agregou novos fundamentos para justificar a necessidade da custódia cautelar, circunstância que impede qualquer manifestação desta Corte Superior de Justiça sobre a sua legalidade, sob pena de atuar em indevida supressão de instância. Precedentes.

2. Habeas corpus não conhecido. (STJ, Quinta Turma, HC-268.802/PE, Rel. Min. Jorge Mussi, j. em 19/8/2014, DJ de 27/8/2014)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. PLEITO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. NOVO FUNDAMENTO PARA MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA. NOVO TÍTULO JUDICIAL LEGITIMADOR DA CONSTRIÇÃO. DECISÃO QUE JULGOU PREJUDICADO O PEDIDO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS TERMOS DA SENTENÇA EM SEGUNDO GRAU. COGNIÇÃO DIRETA PELO STJ. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a superveniente prolação de sentença prejudica o exame da tese vertida no mandamus acerca de eventual ausência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentação idônea do decreto de prisão preventiva, tendo em vista a nova realidade fático-processual, não submetida ao conhecimento do Tribunal de origem. Precedentes.

2. In casu, ao proferir a sentença condenatória, o Juiz de piso analisou novamente o cenário fático-processual, ponderando necessária a manutenção da custódia do réu, sob fundamento próprio, não exposto anteriormente no decreto de prisão preventiva, qual seja, o encarceramento durante a instrução criminal e, ao final, a condenação pela prática de crime equiparado aos hediondos (fl. 126), ficando esvaziado o objeto da impetração.

3. Agravo regimental improvido. (STJ, Sexta Turma, AgRg no RHC-45.813/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. em 19/8/2014, DJ de 10/10/2014)

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

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

É certo que já houve condenação. Não menos certo é, porém, que a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível é espécie do gênero "cautelar". Trata-se propriamente de prisão provisória; dela se exige venha sempre fundamentada, uma vez que ninguém será preso senão por ordem escrita e **fundamentada** de autoridade judiciária competente (Constituição da República, art. 5º, inciso LXI). Mormente porque a fundamentação das decisões do Poder Judiciário é condição absoluta de sua validade (CRFB, art. 93, inciso IX).

Depreende-se, contudo, que, no caso em comento, o decreto de prisão cautelar encontra-se devidamente fundamentado, tal qual exige a legislação vigente. Foram regularmente tecidos argumentos idôneos e suficientes ao cárcere preventivo do paciente nas decisões suso transcritas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É certo que o decreto do Juiz singular considerou que o fato de o crime de tráfico de entorpecentes ser equiparado a hediondo demanda postura estatal mais rígida, quanto à concessão de liberdade provisória.

Nesse aspecto, todavia, o Pleno do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da expressão "e liberdade provisória", constante do art. 44 da Lei nº 11.343/2006, determinando a apreciação dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, para que, se for o caso, seja decretada a segregação cautelar.

Desse modo, a gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas não serve de fundamento para a negativa do benefício da liberdade provisória, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade suso mencionada.

A propósito, assim constou do Informativo/STF nº 665, de 7 a 11 de maio de 2012:

O Plenário, por maioria, deferiu parcialmente habeas corpus afetado pela 2ª Turma impetrado em favor de condenado pela prática do crime descrito no art. 33, caput, c/c o art. 40, III, ambos da Lei 11.343/2006, e determinou que sejam apreciados os requisitos previstos no art. 312 do CPP para que, se for o caso, seja mantida a segregação cautelar do paciente.

Incidentalmente, também por votação majoritária, declarou a inconstitucionalidade da expressão e liberdade provisória, constante do art. 44, caput, da Lei 11.343/2006 (Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos). A defesa sustentava, além da inconstitucionalidade da vedação abstrata da concessão de liberdade provisória, o excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal no juízo de origem.

Discorreu-se que ambas as Turmas do STF teriam consolidado, inicialmente, entendimento no sentido de que não seria cabível liberdade provisória aos crimes de tráfico de entorpecentes, em face da expressa previsão legal.

Entretanto, ressaltou-se que a 2ª Turma viria afastando a incidência da proibição em abstrato. Reconheceu-se a inafiançabilidade destes crimes, derivada da Constituição (art. 5º, XLIII). Asseverou-se, porém, que essa vedação conflitaria com outros princípios também revestidos de dignidade constitucional, como a presunção de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inocência e o devido processo legal.

Demonstrou-se que esse empecilho apriorístico de concessão de liberdade provisória seria incompatível com estes postulados. Ocorre que a disposição do art. 44 da Lei 11.343/2006 retiraria do juiz competente a oportunidade de, no caso concreto, analisar os pressupostos de necessidade da custódia cautelar, a incorrer em antecipação de pena. Frisou-se que a inafiançabilidade do delito de tráfico de entorpecentes, estabelecida constitucionalmente, não significaria óbice à liberdade provisória, considerado o conflito do inciso XLIII com o LXVI (ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança), ambos do art. 5º da CF. Concluiu-se que a segregação cautelar mesmo no tráfico ilícito de entorpecentes deveria ser analisada assim como ocorreria nas demais constrições cautelares, relativas a outros delitos dispostos no ordenamento. Impenderia, portanto, a apreciação dos motivos da decisão que denegara a liberdade provisória ao paciente do presente writ, no intuito de se verificar a presença dos requisitos do art. 312 do CPP. Salientou-se que a idoneidade de decreto de prisão processual exigiria a especificação, de modo fundamentado, dos elementos autorizadores da medida (CF, art. 93, IX). Verificou-se que, na espécie, o juízo de origem, ao indeferir o pedido de liberdade provisória formulado pela defesa, não indicara elementos concretos e individualizados, aptos a justificar a necessidade da constrição do paciente, mas somente aludira à indiscriminada vedação legal. Entretanto, no que concerne ao alegado excesso de prazo na formação da culpa, reputou-se que a tese estaria prejudicada, pois prolatada sentença condenatória confirmada em sede de apelação, na qual se determinara a continuidade da medida acauteladora, para a garantia da ordem pública.

O Min. Dias Toffoli acresceu que a inafiançabilidade não constituiria causa impeditiva da liberdade provisória. Afirmou que a fiança, conforme estabelecido no art. 322 do CPP, em certas hipóteses, poderia ser fixada pela autoridade policial, em razão de requisitos objetivos fixados em lei.

Quanto à liberdade provisória, caberia ao magistrado aferir sua pertinência, sob o ângulo da subjetividade do agente, nos termos do art. 310 do CPP e do art. 5º, LXVI, da CF. Sublinhou que a vedação constante do art. 5º, XLIII, da CF diria respeito apenas à fiança, e não à liberdade provisória. O Min. Ricardo Lewandowski lembrou que, no julgamento da ADI 3112/DF (DJe de 26.10.2007), a Corte assinalara a vedação constitucional da prisão ex lege, bem assim que os princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação de ordem prisional por parte da autoridade competente mereceriam ponderação maior se comparados à regra da inafiançabilidade. O Min. Ayres Britto, Presidente, consignou que, em direito penal, deveria ser observada a personalização. Evidenciou a existência de regime constitucional



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da prisão (art. 5º, LXII, LXV e LXVI) e registrou que a privação da liberdade seria excepcional.

No entanto, a custódia preventiva encontra-se lastreada não apenas na proibição de liberdade provisória constante do art. 44 da Lei nº 11.343/2006, mas também na **significativa quantidade de entorpecente apreendido** e na **existência de antecedentes em nome do ora paciente por idêntico crime**.

O fato de o paciente responder a outras ações penais pelo mesmo delito demonstra a sua incapacidade de se conter no meio social e ainda carrega consigo a certeza da impunidade, circunstâncias que, a toda evidência, justificam a manutenção da segregação cautelar para a garantia da ordem pública, evitando-se a habitual reiteração criminosa.

Necessário se faz dar efetividade à atuação do sistema de justiça, vinculando-se o paciente ao processo de forma mais eficaz e velando-se pela pacificação social.

Partilhando da mesma orientação está este Tribunal Superior; veja-se:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DIVERSIDADE E QUANTIDADE DE DROGAS. REITERAÇÃO DELITIVA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu jus libertatis antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida 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 (HC n. 93498/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 18/10/2012).

II - Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

evidenciam que a liberdade do ora recorrente acarretaria risco à ordem pública, notadamente se considerada a quantidade e nocividade das drogas apreendidas (120g de maconha e 14g de cocaína), bem como a reincidência específica do acusado (Precedentes do STF e do STJ).

Recurso ordinário desprovido. (RHC-52.476/RS, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 02/12/2014, DJ de 19/12/2014)

[...] 2. ***A prisão preventiva está motivada na garantia da ordem pública, para evitar a reiteração criminosa e interromper a atividade ilícita, com fundamentação concreta na extensa folha de antecedentes do Recorrente, que possui outras ações penais em andamento, por crimes contra o patrimônio e porte ilegal de arma de fogo.*** [...] 5. *Recurso desprovido.* (RHC-46.577/BA, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. em 3/6/2014, DJ de 11/6/2014)

[...] 3. ***A manutenção da prisão preventiva justifica-se para resguardar a ordem pública, considerando-se, em especial, a maior periculosidade social dos réus, visto que os pacientes são renitentes na prática delitiva, com condenações pretéritas e diversas outras ações penais em andamento. Essa conjuntura torna patente a necessidade de preservação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.*** [...] 5. *Habeas corpus não conhecido.* (HC-274.203/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, j. em 11/9/2013, DJ de 16/9/2013) (grifos acrescidos)

Registre-se, ainda, que as condições subjetivas favoráveis do paciente, tais como ser tecnicamente primário, morar com sua genitora em residência fixa e exercer atividade lícita, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva. A esse respeito, confira-se a orientação da Quinta Turma deste Superior Tribunal:

[...] 6. *Eventuais condições pessoais favoráveis do acusado não têm o condão de, isoladamente, desconstituir a custódia preventiva, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva ou subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema.*

7. *Habeas corpus não conhecido.* (HC-298.429/AM, Quinta Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. em 9/6/2015, DJe 19/6/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, não se pode olvidar que, apesar da negativa do direito de recorrer em liberdade, o Juízo singular adotou a jurisprudência dominante nesta Quinta Turma, no sentido da possibilidade de compatibilização entre a segregação cautelar e o regime menos gravoso estabelecido na sentença, desde que adequadas as condições da prisão provisória às regras do regime imposto. Sobre o tema, o seguinte precedente:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO COMPULSÓRIA DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC N. 111.840). FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE NÃO RECONHECIDO. POSSIBILIDADE DE AGUARDAR O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO NO REGIME SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]

03. Se o réu permaneceu cautelarmente custodiado durante a tramitação do processo, a circunstância de ter sido fixado o regime semiaberto para cumprimento da pena não confere, por si só, o direito dele recorrer em liberdade, se subsistentes os pressupostos que justificaram a prisão preventiva. Todavia, até o trânsito em julgado da sentença condenatória deverão lhe ser assegurados os direitos concernentes ao regime prisional nele estabelecido. Conquanto controvertida a quaestio, nesta Corte predomina o entendimento de que "não há incompatibilidade entre a negativa de recorrer em liberdade e a fixação de regime semiaberto, caso preenchidos os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal e desde que expedida a guia de execução provisória nos termos da Súmula 716/STF" (HC 286.470/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 07/10/2014; RHC 52.739/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 04/11/2014).

04. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para: a) estabelecer o regime semiaberto para cumprimento inicial da pena; b) determinar que o paciente aguarde, neste regime, o trânsito em julgado da condenação. (HC-304.216/MG, Quinta Turma, Rel. p/acórdão Min. Newton Trisotto, j. em 17/3/2015, DJe de 31/3/2015)

Ante o exposto, não havendo que se falar em constrangimento ilegal a ser reparado por este Superior Tribunal de Justiça, **não conheço** do presente *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0217559-3

HC 334.920 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00042179120158120021 00042724220158120021 14076733020158120000
42179120158120021 42724220158120021

EM MESA

JULGADO: 23/02/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: FRANCISCO RICARDO DE MORAIS ARRAIS
ADVOGADO	: FRANCISCO RICARDO DE MORAIS ARRAIS
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	: LUIS FELIPE FERREIRA DA SILVA (PRESO)
CORRÉU	: GABRIELA CANDIDA DE SOUZA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.