



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 270.611 - DF (2013/0152444-1)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : FERNANDO DA SILVA DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. CUSTÓDIA CAUTELAR. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. PERICULOSIDADE DO AGENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM NÃO CONHECIDA.

– O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012, e HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira de tal entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. A propósito: HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

– Na espécie, não há ilegalidade na manutenção da custódia cautelar decretada com o objetivo de acautelamento do meio social dada a periculosidade do paciente, que foi surpreendido, em plena via pública, comercializando significativa quantidade de droga, de alto poder destrutivo (3 porções de crack, pesando 13,17g), inclusive com o auxílio de um adolescente, além de trazer consigo para fins de difusão outra porção de substância ilícita, sendo 1 porção de maconha, pesando 10,9 g.

Habeas corpus não 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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 25 de junho de 2013(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 270.611 - DF (2013/0152444-1)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : FERNANDO DA SILVA DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado em benefício de FERNANDO DA SILVA DOS SANTOS - preso cautelarmente (15.4.2013) pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c/c art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006 - contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, que denegou a ordem no *HC* n. 2013.00.2.009443-7, mantida a custódia cautelar do paciente, em decisão assim ementada:

"HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS E CORRUPÇÃO DE MENORES - CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO - ORDEM DENEGADA.

1. O paciente foi preso em flagrante delito pela prática do crime previsto no art. 33, "caput", da Lei n. 11.343/2006 e art. 244-B do ECA.

2. Consta do auto de prisão em flagrante que no dia 15/04/2013, na Quadra 05, Conj. 14, Cidade Estrutural/DF, policiais civis, após denúncias anônimas, efetuaram vigilância e filmagens no local, as quais constataram o tráfico de entorpecentes, e abordados o ora paciente, um usuário de nome Marcos e um adolescente. O paciente foi preso em flagrante delito após repassar uma pedra de crack ao usuário Marcos, que entregou ao autuado, em contrapartida, a importância de R\$ 10,00. Na mencionada diligência os policiais lograram apreender com os autuados: 3 (três) porções de substância amarelada em forma de pedra (princípio ativo cocaína), com massa bruta de 13,170g (treze gramas e cento e sessenta centigramas); 1 (uma) porção de substância vegetal de coloração esverdeada (maconha), com massa bruta de 10,900g (dez gramas e novecentos centigramas).

3. A decisão impugnada restou devidamente fundamentada na presença dos requisitos do art. 312 do CPP, face à necessidade da prisão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cautelar do paciente para a garantia da ordem pública diante da gravidade concreta do crime, da conduta do agente e das circunstâncias em que foi praticado. Inadequada, na espécie, qualquer das mepmaè cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do CPP.

4. Presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva previstos no art. 312 do CPP, não se verifica o alegado constrangimento ilegal na manutenção da prisão.

5. Ordem denegada."

Sustenta o impetrante constrangimento ilegal sob o argumento de que a custódia cautelar foi decretada sem fundamentação idônea, em afronta ao disposto no art. 312 do CPP. Requer, assim, a concessão da liberdade provisória ao paciente.

Liminar indeferida.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 270.611 - DF (2013/0152444-1)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso no processo penal. Contudo, à luz de princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

A propósito, confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, 'no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.'

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.

4. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 19.9.2012).

Assim, deixo de conhecer o presente *writ* por se cuidar de substitutivo de recurso próprio, e passo à análise da existência de manifesta ilegalidade.

Com efeito, a jurisprudência desta Tribunal Superior tem proclamado que a prisão cautelar é medida de caráter excepcional, devendo ser imposta, ou mantida, apenas quando atendidas, mediante decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da Constituição Federal), as exigências do art. 312 do CPP. Isso porque a liberdade, antes da sentença condenatória definitiva, é a regra, e o enclausuramento provisório, a exceção, como têm insistido esta Corte e o Supremo Tribunal Federal em inúmeros julgados, por força do princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade.

No caso, a prisão em flagrante foi convertida em preventiva pelo juiz de primeiro grau em decisão assim motivada:

"Recebi a comunicação do flagrante nº 251/2013 - 8ª DPDF, noticiando a prisão de FERNANDO DA SILVA DOS SANTOS, já qualificado, autuado pela prática do crime do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06 e artigo 244-B, do ECA.

A prisão ocorreu em 16/04/2013, na cidade Estrutural, nesta capital, quando agentes de polícia apuravam denúncia de tráfico no local e flagraram o autuado comercializando porção de droga junto a um usuário.

Segundo consta, o autuado foi visto entregando pedra de crack ao indivíduo identificado como sendo Marcos Antonio Soares da Silva, que lhe entregou em contrapartida a importância de R\$ 10,00 (dez reais).

Ouvido perante a autoridade policial, o usuário confirmou ter adquirido a droga do autuado no dia dos fatos, acrescentando que assim que recebeu o entorpecente foi abordado pelos policiais.

Como se vê, não há qualquer irregularidade formal ou material no ato flagrancial. A prisão em flagrante ocorreu em conformidade com o artigo 302 e seguintes do CPP, razão pela qual não há que falar em relaxamento da custódia.

Assim, passo a análise dos requisitos da prisão preventiva.

Observo que estão presentes as condições de admissibilidade da prisão preventiva, haja vista que o crime imputado ao autuado se amolda à hipótese prevista no inciso primeiro do artigo 313 do CPP.

No caso vertente, vislumbro a presença dos requisitos da prisão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preventiva. O fumus comissi delicti, revela-se nas informações constantes no auto de prisão em flagrante, no qual se verifica que o autuado foi preso logo após ter vendido, em tese, porção de crack, fato este declarado pelos policiais, consubstanciando prova da materialidade e indícios de autoria.

Reforça a materialidade o teor do laudo preliminar em substância, prova técnica suficiente para a lavratura do auto de prisão em flagrante, em que atesta que a substância apresenta o alcaloide COCAÍNA em sua composição.

O periculum libertatis, por sua vez, consubstancia-se na necessidade de preservar a Ordem Pública, porquanto crimes de tal natureza colocam em risco a saúde pública e a paz social.

Nessa linha de raciocínio, repito que o autuado foi preso em flagrante após difundir pedra de crack para um menor, segundo peças de informação fato esse confirmado pelas declarações prestadas pelo usuário/comprador em sede policial.

Importante frisar que o crime de tráfico de drogas atinge a saúde pública, gera desordem no meio social, e escraviza aquele/que se tornam reféns do vício, sendo necessária a adoção de medidas que cessem essa atividade delituosa que afeta sobremaneira o meio social, além de colocar em risco a Ordem Pública, a qual necessita ser resguardada.

Também não é o caso de substituição pelas medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, pois diante da necessidade da manutenção da prisão para a garantia da Ordem Pública, exclui-se a possibilidade da substituição pelas medidas cautelares, ante a evidente incompatibilidade entre os institutos, ressaltando apenas a possibilidade expressamente prevista no art. 282, inciso I, c/c art. 319, inciso VI, ambos do CPP.

Por certo se a Ordem Pública está ameaçada com a soltura do autuado, não é razoável a substituição da prisão preventiva por medida cautelar alternativa.

Lado outro, ainda que assim não fosse, no caso concreto as medidas cautelares previstas no art. 319, do CPP revelam-se insuficientes e inadequadas ao caso em razão da gravidade do crime e das circunstâncias do fato acima relatadas (art. 282, inc. I, CPP).

Por tudo o que foi dito, determino a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, nos termos do artigo 310, inciso II, do CPP, devendo o autuado permanecer encarcerado.

Junte uma via dessa decisão no feito principal.

Expeça mandado de prisão.

Cientifique o Ministério Público e a defesa.

Em caso de pedido de liberdade provisória/relaxamento de prisão, o Cartório deverá proceder à juntada de cópia desta decisão nos autos correspondentes." (fls. 126/127).

Como se vê, a medida constritiva de liberdade se mostra necessária para o acautelamento da ordem pública, diretamente ameaçada pela intensa traficância do paciente que exercia a difusão ilícita de **variada quantia de entorpecente, de alto poder destrutivo**, em plena via pública, inclusive com o auxílio de um adolescente. Desse modo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

presente elementos concretos aptos a indicar a periculosidade do paciente ao meio social, é de rigor a manutenção da custódia cautelar.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE DA MEDIDA EXTREMA EVIDENCIADA. ORDEM DENEGADA.

1. No julgamento do Habeas Corpus n.º 104.339, o Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, que proibia a concessão de liberdade provisória nos crimes de tráfico de entorpecentes. Dessa forma, para a manutenção da prisão cautelar nos mencionados crimes, devem ser observados os parâmetros do art. 312 do Código de Processo Penal, que subordinam a medida excepcional ao *fumus comissi delicti* e ao *periculum libertatis*.

2. No caso, a custódia foi mantida com base na gravidade concreta do crime, evidenciada pela quantidade e variedade de droga apreendida com o paciente - 37 (trinta e sete) pedras de substância análoga ao crack, 3 (três) porções consideráveis de substância esverdeada semelhante a maconha e R\$ 60,00 (sessenta reais) em dinheiro -, denotando a sua periculosidade, o que atrai a incidência do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, em virtude da necessidade de preservar-se a ordem pública.

3. Habeas corpus denegado. (HC 245.238/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 19-9-2012)

RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA. RECURSO MINISTERIAL. ALEGADA OFENSA AO ART. 44, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/2006 E AO ART. 312, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI N.º 11.343/2006. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS E REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. FUGA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. RECURSO PROVIDO.

1. O Recorrido foi preso em flagrante delito como incurso no art. 33 da Lei n.º 11.343/06, no dia 20 de novembro de 2009, em cumprimento de mandado de busca e apreensão, por ter em depósito e guardar, para fins de traficância, 06 (seis) pedras de crack, 47 (quarenta e sete) buchas de maconha e 01 (um) peteca grande de cocaína.

2. A quantidade e variedade de drogas apreendidas em poder do Recorrido demonstra sua periculosidade e justifica a manutenção da custódia cautelar com base na garantia da ordem pública. Ademais, após ser beneficiado com a liberdade provisória o acusado nunca mais compareceu aos autos, fato que é suficiente para a decretação da prisão preventiva, tanto pela conveniência da instrução criminal como para garantia da aplicação da lei penal. Violação ao art. 312 do Código de Processo Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Ademais, há no art. 44 da Lei n.º 11.343/06 vedação expressa da liberdade provisória aos acusados pela prática do crime de tráfico de drogas, considerada válida em precedentes deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

4. Recurso provido. (REsp n. 1.225.394/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 27-4-2012)

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0152444-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 270.611 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 18562013 20130020094437 2013011050769 20130110509766 2512013

EM MESA

JULGADO: 25/06/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : FERNANDO DA SILVA DOS SANTOS (PRESO)

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.