



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 291.447 - SP (2014/0068220-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : FABIO PEREIRA DO NASCIMENTO
ADVOGADO : FÁBIO PEREIRA DO NASCIMENTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABRICIO TADEU PEREIRA FREIRE (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. VERIFICAÇÃO DE EVENTUAL COAÇÃO ILEGAL À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. VIABILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTO CONCRETO CAPAZ DE JUSTIFICAR A IMPOSIÇÃO DA MEDIDA CONSTRITIVA. DECISÃO QUE NEM SEQUER FAZ MENÇÃO À QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO. EXISTÊNCIA.

1. É inadmissível o emprego do *habeas corpus* em substituição a recurso especialmente previsto no texto constitucional (precedentes do STJ e do STF).

2. Apesar de se ter solidificado o entendimento no sentido da impossibilidade de utilização do *habeas corpus* como substitutivo do recurso cabível, este Superior Tribunal analisa, com a devida atenção e caso a caso, a existência de coação manifesta ao direito de ir e vir, não tendo sido aplicado o referido entendimento de forma irrestrita, de modo a prejudicar eventual vítima de coação ilegal ou abuso de poder e convalidar ofensa à liberdade ambulatorial.

3. Conforme reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal, a prisão que antecede a condenação transitada em julgado só pode ser imposta ou mantida quando evidenciada, com explícita e concreta fundamentação, a necessidade da rigorosa providência.

4. O Juízo de primeiro grau não apresentou um dado concreto que justificasse a decretação da prisão cautelar do paciente para garantia da ordem pública, da aplicação da lei penal e da instrução criminal, tendo-se limitado a considerações a respeito da gravidade abstrata do crime. Embora viável, o magistrado singular nem sequer fez menção à quantidade de droga apreendida.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para revogar a prisão preventiva imposta, sem prejuízo da decretação de nova segregação cautelar, desde que devidamente fundamentada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, por maioria, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Presidente), que lavrará o acórdão, vencidos a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e Sr. Ministro Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP). Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora quanto ao não conhecimento do *habeas corpus*.

Votaram com o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Presidente) os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro quanto à concessão da ordem de ofício.

Brasília, 23 de setembro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator p/ acórdão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 291.447 - SP (2014/0068220-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : FABIO PEREIRA DO NASCIMENTO
ADVOGADO : FÁBIO PEREIRA DO NASCIMENTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABRICIO TADEU PEREIRA FREIRE (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de FABRICIO TADEU PEREIRA FREIRE, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n.º 2062413-64.2013.8.26.0000).

Depreende-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante e denunciado pela prática do delito previsto no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006. A prisão em flagrante foi convertida em preventiva, nos seguintes termos:

"Flagrante formalmente em ordem.

Aguarde-se a vinda dos autos principais.

No mais, existem indícios de autoria e materialidade da prática do crime de tráfico a pesar sobre o acusado, que foi surpreendido na companhia de outras cinco pessoas que se disseram usuárias de droga e que estariam no local de posse do acusado Fabrício onde foram encontradas "cocaína" que estava sendo consumida pelos presentes e "crack", sem que o indiciado tivesse apresentado justificativa para a manutenção da droga do tipo "crack". E tanto autoriza e exige a prisão preventiva.

Neste sentido:

(...)

Isto posto e considerando insuficientes quaisquer das outras medidas cautelares previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal, bem como incabível a prisão domiciliar defiro o pedido do Ministério Público para converter a prisão em flagrante delito de FABRÍCIO TADEU PEREIRA FREIRE em prisão preventiva.

Expeça-se mandado de prisão" (fl. 112).

Formulado pedido de liberdade provisória, foi indeferido, *in verbis*:

"Inalteradas as circunstâncias consideradas por ocasião da decretação da prisão preventiva do acusado, por decisão proferida no último dia 13 de novembro nos autos principais, de rigor o indeferimento do pedido de liberdade provisória, sendo de se consignar que este se fundamenta na desnecessidade da medida, cuja imprescindibilidade já foi declarada na decisão acima referida, não sendo abalada pelas novas argumentações feitas pelo indiciado" (fl. 91).

Irresignada, a Defesa impetrou prévio *writ*, cuja ordem foi denegada, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acórdão assim ementado:

"*HABEAS CORPUS* - Crime de tráfico de drogas - Pedido de revogação da prisão preventiva e concessão de liberdade provisória - IMPOSSIBILIDADE - Provas carreadas no auto de prisão em flagrante que evidenciam indícios de autoria e de materialidade - Garantia da ordem pública evidenciada pelas circunstâncias que envolvem o fato - Apreensão de 3 papелotes de cocaína (22,0 gramas) e 3 pedras de "crack" (22,90 gramas), na residência do paciente, onde havia cinco jovens, dentre eles, duas adolescentes, os quais admitiram que ali estavam consumindo cocaína - Suspeita de que o paciente fornecia drogas para os jovens e os aliciava para trabalharem para ele - Dúvida que milita em favor da sociedade - Preenchimento dos requisitos não são os únicos elementos a serem apreciados pelo Juízo, devendo-se levar em conta as circunstâncias do delito - Insuficiência das medidas cautelares do art. 319 do CPP - Necessidade da instrução criminal - Ordem denegada" (fl. 120).

No presente *mandamus*, alega o impetrante que o paciente é mero usuário de drogas, não tratando os autos do crime de tráfico de drogas previsto no artigo 33, *caput* da Lei 11.343/2006, "e sim o crime previsto no artigo 28 da Lei 11.343, ou no máximo o crime previsto no artigo 33, porém no parágrafo 3º, cuja pena é inferior e é suscetível da concessão da liberdade provisória" (fl. 3).

Afirma que, na data dos fatos, "o paciente juntamente com os seus colegas, testemunhas dos fatos, realizavam uma 'festinha' regada de bebida e drogas" (fl. 3).

Destaca que "o paciente mergulhou no uso das drogas após o falecimento recente de sua genitora no dia 24 de agosto de 2013, sendo que também perdeu seu avô e seu pai recentemente" (fl. 3).

Sustenta a ausência de fundamentação idônea da decisão de decretação da prisão preventiva do paciente que "apenas se limitou a mencionar a presença dos indícios de autoria e da presença da materialidade delitiva, não fazendo menção alguma acerca da presença ou não dos requisitos autorizadores da prisão preventiva" e "tampouco se manifestou acerca do pedido de relaxamento da prisão em flagrante" (fl. 5).

Invoca o princípio da presunção de inocência.

Aduz que foi apreendida pouca quantidade de droga e não foi apreendida nenhuma quantia em dinheiro, destacando que "nenhuma testemunha confirmou ter ido ao local para adquirir droga, e sim para fazer uso juntamente com o paciente, todos eles sendo seus conhecidos" (fl. 8).

Assere que "os próprios policiais civis não concluíram de forma cabal que o Paciente estaria exercendo atos de mercancia droga, sendo certo que após terem investigado o local em outros dias, nada de anormal foi constatado" (fl. 8).

Destaca que "há a permissão legal para a concessão da liberdade provisória



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em favor do Paciente, pois o artigo 44 da lei citada apenas veda a concessão para o tipo penal previsto no artigo 33, caput e § 1º, e 37" (fl. 9).

Defende a ausência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Pondera que, caso sobrevenha condenação, incidirá o § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, razão pela qual será possível a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Salienta que a vedação à liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei de Entorpecentes não configura motivação idônea a ensejar a segregação cautelar do paciente.

Requer, liminarmente e no mérito, seja relaxada a prisão ou seja concedida ao paciente a liberdade provisória.

A liminar foi indeferida às fls. 130-133.

Foram juntadas informações às fls. 137-145, 149-150 e 152-173.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Elizeta Maria de Paiva Ramos, manifestou-se pela extinção do *writ* sem resolução do mérito ou pela denegação da ordem. (fls. 176-184).

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 291.447 - SP (2014/0068220-4)

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Cuida-se, em verdade, de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário que, a rigor de técnica, e, em prestígio à lógica do sistema recursal, não deveria ser processado.

A compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferir-las”.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do REsp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à análise da ocorrência de patente ilegalidade, que, já adiante, não se verifica na espécie.

Cinge-se a controvérsia em determinar se fundamentação empregada para justificar o encarceramento cautelar do paciente seria adequada e suficiente.

Pois bem. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, toda custódia imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige concreta fundamentação, nos termos do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

É de ver que, no processo penal de cariz democrático, a liberdade é a regra, a qual deve ser prestigiada diuturnamente. Outro não foi o norte assinado na recente Lei n.º 12.403/11, relativa às medidas cautelares penais, *verbis*:

"Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

(...)

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumulativamente.

(...)

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, **em último caso**, decretar a **prisão preventiva** (art. 312, parágrafo único).

(...)

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)." (NR)

(...)

"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." (NR)

In casu, eis o teor do *decisum* que converteu a prisão em flagrante em preventiva (fl. 112):

"Flagrante formalmente em ordem.

Aguarde-se a vinda dos autos principais.

No mais, existem indícios de autoria e materialidade da prática do crime de tráfico a pesar sobre o acusado, que foi **surpreendido na companhia de outras cinco pessoas que se disseram usuárias de droga e que estariam no local de posse do acusado Fabrício onde foram encontradas "cocaína" que estava sendo consumida pelos presentes e "crack"**, sem que o indiciado tivesse apresentado justificativa para a manutenção da droga do tipo "crack". E tanto autoriza e exige a prisão preventiva.

Neste sentido:

(...)

Isto posto e considerando insuficientes quaisquer das outras medidas cautelares previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal, bem como incabível a prisão domiciliar defiro o pedido do Ministério Público para converter a prisão em flagrante delito de **FABRÍCIO TADEU PEREIRA FREIRE** em prisão preventiva.

Expeça-se mandado de prisão".

A Corte *a quo*, manteve a custódia do acusado com base nesta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentação, *in verbis* (fls. 376/385):

"Em que pese a primariedade do paciente, estão presentes os indícios de autoria e materialidade, diante da **apreensão dos 3 papелotes de cocaína (22,0 gramas) e 3 pedras de "crack" (22,90 gramas)**, bem como diante da fundada suspeita de que **FABRÍCIO fornecia drogas para as pessoas que estavam em sua casa, deixando-os usar ali, bem como aliciava adolescentes para trabalharem para ele.**

Não ficou demonstrado de forma inequívoca que a droga apreendida era somente para consumo ou que o paciente apenas oferecia a droga a seus amigos, sem intuito de lucro, tratando-se essa matéria de mérito da ação penal, aliás.

Essas circunstâncias são indícios suficientes para a persecução penal e para manutenção da custódia cautelar.

Assim, é de se ter cautela na concessão de qualquer benefício.

O crime imputado ao paciente é extremamente grave pela latente periculosidade e que vem afligindo a comunidade.

A dúvida milita em prol da sociedade, não vislumbrando falta de justa causa para a manutenção da prisão cautelar do paciente, não sendo recomendável sua soltura, neste momento.

Estão presentes, portanto, todos os requisitos da prisão preventiva, tanto os formais como os de conteúdo.

(...)

Como já dito, o tráfico de drogas, por si só, já se constitui em conduta perigosa, grave, capaz de originar outros delitos não menos graves e, da maneira como se apresenta nos autos, demonstra a necessidade de maior rigorismo.

Ainda, hoje, com o advento da Lei nº 11.464/07, que alterou o disposto no art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90, foi possibilitada a concessão de liberdade provisória aos acusados da prática de crimes considerados hediondos. Porém, o art. 44, da Lei nº 11.343/06 encontra-se em lei especial e não foi derogada pela Lei nº 11.464/07, a qual trata dos delitos hediondos e equiparados, de forma genérica. Assim, permanece a vedação legal.

Quanto à inconstitucionalidade do art. 44 da Lei 11.343/2006, esta foi declarada pela Resolução 5/12 do Senado Federal e somente na parte em que vedava a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e tal fato não retirou do magistrado a liberdade de apreciar os critérios para a concessão de benefícios, principalmente, nessa fase processual.

Além disso, a própria Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XLIII aduz que o tráfico ilícito de entorpecentes é crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

O constituinte, portanto, ao dar este tratamento ao delito de tráfico de drogas, certamente, entendeu não ser cabível a concessão de benefícios aos praticantes desse delito, sem a análise minuciosa do caso concreto.

Como acima dito, o tráfico de entorpecentes é uma conduta perigosa, extremamente grave e as circunstâncias dos presentes autos não recomendam a concessão de liberdade.

Não se trata de afronta ao princípio da presunção de inocência, já que estão sendo proporcionados ao paciente todos os direitos que possui, como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o devido processo legal, o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Deve-se analisar o espírito da lei que, no caso, agravou ainda mais as penalidades impostas e, em que pese, a possibilidade de liberdade concedida pela Lei nº 11.464/07, para os autores de crimes hediondos, não se pode ignorar todas as demais circunstâncias que envolvem o fato concreto.

Vale dizer aqui que as medidas cautelares do art. 319 do Código de Processo Penal mostram-se insuficientes para coibir nova prática delitiva.

No que diz respeito a eventual aplicação do §4º, do art. 33, da Lei de Drogas, bem como substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, são circunstâncias que só poderão ser avaliadas quando da prolação da sentença, com a análise de toda a prova produzida nos autos.

Por fim, não vislumbro falta de fundamentação ou fundamentação inidônea na decisão que manteve a custódia cautelar, tendo em vista que ela levou em conta os aspectos acima mencionados.

Desse modo, não configurado o constrangimento ilegal, DENEGA-SE A ORDEM". (nossos os grifos).

Com efeito, de tudo quanto apontado, não vislumbro ilegalidade na prisão cautelar do paciente, fundada que está na gravidade concreta dos fatos, cifrada na natureza dos entorpecentes apreendidos no local de posse do acusado (cocaína e *crack* - drogas com alto poder viciante e lesivo), além da presença de outras 5 (cinco) pessoas, dentre elas duas adolescentes, que se disseram usuárias de drogas, denotando, assim, atividade ilícita de vulto e evidenciando-se o risco para a ordem pública.

De há muito venho me posicionando de forma crítica sobre o conceito fluido *ordem pública*. Sobre o tema, penso ser apropriado lembrar a seguinte lição de TOURINHO FILHO:

"'Ordem pública' é fundamento geralmente invocável, sob diversos pretextos, para se decretar a preventiva, fazendo-se total abstração de que esta é uma coação cautelar e, sem cautelaridade, não se admite, à luz da Constituição, prisão provisória.

'Comoção social', 'perigosidade do réu', 'crime perverso', 'insensibilidade moral', 'os espalhafatos da mídia', 'reiteradas divulgações pela rádio e pela televisão', 'credibilidade da Justiça', 'idiosincrasia do Juiz por este ou aquele crime', tudo, absolutamente tudo, ajusta-se à expressão genérica 'ordem pública'. E como sabe o Juiz que a ordem pública está perturbada, a não ser pelo noticiário? Os jornais, sempre que ocorre um crime, o noticiam. E não é pelo fato de a notícia ser mais ou menos extensa que pode caracterizar a 'perturbação da ordem pública', sob pena de essa circunstância ficar a critério da mídia... Na maior parte das vezes, é o próprio Juiz ou o órgão do Ministério Público que, como verdadeiros 'sismógrafos', mensuram e valoram a conduta criminosa proclamando a necessidade de 'garantir a ordem pública', sem nenhum, absolutamente nenhum, elemento de fato, tudo ao sabor de preconceitos e da maior ou menor sensibilidade desses operadores da Justiça. E a prisão preventiva, nesses casos, não passará de uma execução sumária. Decisão dessa natureza é eminentemente bastarda, malferindo a Constituição da República. O réu é condenado antes de ser julgado. E se for absolvido? Ainda que haja



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alguma indenização, o anátema cruel da prisão injusta ficará indelével para ele, sua família e o círculo da sua amizade" (*Manual de processo penal*, São Paulo, Saraiva, 2006, pp. 614-615)

A despeito dos reclamos doutrinários de interpretação restritiva da locução ordem pública, a qual inclusive em uma das versões do PL n.º 4.208/01 (Projeto de Lei sobre medidas cautelares penais, hoje convolado na Lei n.º 12.403/11), fora limitada tão só aos casos de reiteração delitiva, a jurisprudência desta Casa de Justiça tem-na admitido nas hipóteses de gravidade concreta da imputação, cifrada, no caso concreto, na variedade de droga apreendida, além da quantidade de pessoas que consumiam entorpecentes no local de posse do acusado no momento do flagrante, dentre elas duas adolescentes.

Confira-se a propósito:

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO CAUTELAR. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. GRANDE QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. RECURSO IMPROVIDO.

1. A liberdade, não se pode olvidar, é a regra em nosso ordenamento constitucional, somente sendo possível sua mitigação em hipóteses estritamente necessárias. Contudo, a prisão de natureza cautelar não conflita com a presunção de inocência, quando devidamente fundamentada pelo juiz a sua necessidade, tal como ocorre no caso em análise.

2. Na hipótese, não existe ilegalidade a ser sanada, uma vez as instâncias ordinárias justificaram a segregação provisória, entre outros, na necessidade de resguardo da ordem pública, nos termos disciplinados no art. 312 do Código de Processo Penal. Ressaltaram, ainda, a gravidade concreta do crime, tendo em vista a diversidade e quantidade de drogas apreendidas em poder do recorrente - 170,4g de maconha, divididas em 78 trouxinhas de plástico e 9,1g de *crack*, divididos em 20 *eppendorfs*. Precedente.

3. É cediço o entendimento desta Corte no sentido de que a existência de condições pessoais favoráveis não impede a manutenção da segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais, como se dá na hipótese dos autos.

4. Recurso ordinário a que nega provimento". (RHC 36.801/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 10/06/2013)

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO INTERNACIONAL DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES E DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA. TESE DE NULIDADE PELA DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA DE OFÍCIO PELO JUÍZO PROCESSANTE. IMPROCEDÊNCIA. NECESSIDADE DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEMONSTRADA. MOTIVAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- 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 ordinário/especial. Contudo, a luz dos 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.

- Desnecessária a existência de representação do agente policial ou da oitiva do *Parquet*, pois, existindo a necessidade da custódia preventiva respeitado os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, deve o magistrado, mesmo sem provocação, decreta-la.

Não há que falar em nulidade no *decisum* de primeiro grau pela ausência de representação policial ou ministerial, na medida em que se cuida de mera conversão da prisão em flagrante em preventiva, em exato cumprimento do dispositivo legal.

- A gravidade concreta do delito, em tese cometido, justifica a imposição da custódia cautelar ao paciente, tendo como escopo assegurar a garantia da ordem pública. A quantidade da droga (vários tabletes de maconha, escondidos no interior do veículo, pesando um total de 70.700 g - setenta quilos e setecentos gramas), bem como o tipo de arma (dois fuzis e dois carregadores, com elevado poder de fogo, provenientes do Paraguai) apreendidos no interior de um veículo quando abordado em fiscalização da Polícia Rodoviária Federal em região de fronteira, revelam a severidade do fato e a periculosidade do paciente.

Habeas corpus não conhecido". (HC 263.320/MS, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 03/06/2013)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES, PRISÃO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO JULGADO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. VEDAÇÃO PREVISTA NO ART. 44 DA LEI N.º 11.343/2006. ÓBICE LEGAL DECLARADO INCONSTITUCIONAL. FUNDAMENTO AFASTADO. ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. APREENSÃO DE VULTOSA QUANTIDADE DE DROGA. PERICULOSIDADE. PARTICIPAÇÃO DE MENOR. RISCO DE REITERAÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.

2. A prisão provisória é medida odiosa, reservada para os casos de absoluta imprescindibilidade, demonstrados os pressupostos e requisitos de cautelaridade.

3. Afasta-se o fundamento constante do acórdão guerreado referente à vedação da liberdade provisória aos acusados pela prática dos delitos descritos na Lei n.º 11.343/2006, prevista no art. 44 do referido diploma,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

porquanto encontra-se na contramão da uníssona jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Pretório Excelso, que entende ser inconstitucional o referido óbice legal.

4. Na hipótese, estando a prisão fundamentada na gravidade concreta dos fatos, cifrada na significativa quantidade de droga apreendida com o paciente - 34 porções de cocaína -, evidencia-se o risco para ordem pública.

5. O Colegiado estadual apontou, ainda, a participação de menor na prática do delito, a evidenciar maior periculosidade do paciente e reprovabilidade da conduta, bem como existência de risco de reiteração delitiva caso o paciente seja colocado em liberdade, não havendo flagrante ilegalidade a ser sanada pela via estreita do remédio heroico.

6. *Writ* não conhecido". (HC 217.777/MG, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 18/04/2013, DJe 29/04/2013)

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. VEDAÇÃO AO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PRISÃO PREVENTIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, ANTE A GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1. Diz a jurisprudência que toda prisão imposta ou mantida antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, por ser medida de índole excepcional, deve vir sempre baseada em fundamentação concreta, isto é, em elementos vinculados à realidade. Nem a gravidade abstrata do delito nem meras conjecturas servem de motivação em casos que tais. É esse o entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no HC n. 122.788/SP, Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, DJe 16/8/2010).

2. Na espécie, a decisão do Juiz *a quo*, que vedou o direito das rés de recorrerem em liberdade, encontra-se fundamentada na quantidade e variedade de droga (aproximadamente, 285 kg de cocaína em pó e na forma de *crack*), circunstâncias que demonstram a potencialidade lesiva das infrações noticiadas, a justificar a não concessão da pretendida liberdade provisória.

3. Recurso em *habeas corpus* improvido". (RHC 32.580/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/04/2013, DJe 15/04/2013)

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. INTEMPESTIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE PROCESSAMENTO COMO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. NÃO CONHECIMENTO. INSURGÊNCIA INTERPOSTA ANTES DA ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. ATUAÇÃO EXCEPCIONAL.

(...)

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PROIBIÇÃO DE RECORRER EM LIBERDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. ELEVADA QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGA APREENDIDA. GRAVIDADE CONCRETA. POTENCIALIDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LESIVA DA INFRAÇÃO. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONSTITUCIONAL. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. Não fere o princípio da presunção de inocência e do duplo grau de jurisdição a vedação do direito de recorrer em liberdade, se ocorrentes os pressupostos legalmente exigidos para a custódia cautelar.

2. Não resta configurado o alegado constrangimento ilegal quando a prisão está justificada na garantia da ordem pública, em razão da gravidade concreta dos crimes, diante da natureza, variedade e da quantidade de droga apreendida - uma porção de maconha pesando 465, 24 gramas, 353 pedras de *crack* (16,56 e 55,96 gramas) e uma porção de cocaína pesando 82,22 gramas.

3. Condições pessoais favoráveis não têm, em princípio, o condão de, por si só, desconstituir a negativa de recorrer em liberdade, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a necessidade da custódia antecipada, como ocorre *in casu*.

4. Recurso não conhecido". (RHC 31.912/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/04/2013, DJe 12/04/2013)

Assim, dada as particularidades acima citadas, indicativas da necessidade do encarceramento, penso ser inviável a liberação do paciente, visto que existente fundamentação idônea da cautelaridade.

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 291.447 - SP (2014/0068220-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Entendo que a decisão não está devidamente fundamentada. Refere-se a cocaína, crack, mas não tem nem o cuidado de dizer a quantidade de cocaína e de crack que foi encontrada. Se era muito ou se era pouco. Embora viável, não se fez menção à quantidade de droga apreendida.

O Juízo de primeiro grau não apresentou, tampouco, um dado concreto que justificasse a decretação da prisão cautelar do paciente para garantia da ordem pública, da aplicação da lei penal e da instrução criminal, tendo-se limitado a considerações a respeito da gravidade abstrata do crime.

Assim, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo** a ordem **de ofício**, para revogar a prisão preventiva imposta, sem prejuízo da decretação de nova segregação cautelar, desde que devidamente fundamentada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 291.447 - SP (2014/0068220-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : FABIO PEREIRA DO NASCIMENTO
ADVOGADO : FÁBIO PEREIRA DO NASCIMENTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABRICIO TADEU PEREIRA FREIRE (PRESO)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO:

Sr. Presidente, acompanho o voto de V. Exa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0068220-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 291.447 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15982013 20140000171126 20624136420138260000 30010270420138260101

EM MESA

JULGADO: 23/09/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FABIO PEREIRA DO NASCIMENTO
ADVOGADO : FÁBIO PEREIRA DO NASCIMENTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABRICIO TADEU PEREIRA FREIRE (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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, por maioria, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Presidente), que lavrará o acórdão, vencidos a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e Sr. Ministro Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP).

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora quanto ao não conhecimento do habeas corpus.

Votaram com o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Presidente) os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro quanto à concessão da ordem de ofício.