



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 277.998 - MG (2013/0324569-7)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
IMPETRANTE : DIEGO TOLENTINO DRUMOND
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : MARCOS FILIPE FERREIRA (PRESO)
PACIENTE : GUILHERME HENRIQUE MARTINS (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO **WRIT**. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ART. 33, § 3º, DA LEI 11.343/2006. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA. DECISÃO EMBASADA, UNICAMENTE, NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS PARA JUSTIFICAR A NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA NÃO DEMONSTRADA. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido **habeas corpus** "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", não cabendo a sua utilização como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o **writ**, para substituir recursos especial e ordinário ou revisão criminal, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de se cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, **a**, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do **habeas corpus**, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, **c** e II, **a**, da Carta Magna.

IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de **habeas corpus** substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, seja concedido **habeas corpus**, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

V. **In casu**, a prisão em flagrante foi convertida em preventiva e mantida com base em considerações genéricas acerca da gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas e na vedação legal à concessão de liberdade provisória (art. 44 da Lei 11.343/2006) –



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

declarada inconstitucional, pelo STF –, o que não se presta a justificar a custódia cautelar do paciente, de acordo com a jurisprudência do STJ. Precedentes.

VI. É certo que a decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva refere-se, genérica e sucintamente, à quantidade de droga. Verifica-se que, na espécie, foram apreendidos, em poder dos pacientes primários, 7,69 (sete gramas e seis centigramas) de cocaína e 91,2g (noventa e um gramas e dois centigramas) de maconha, quantidade que, embora não irrisória, não pode ser considerada como de grande monta, de sorte a justificar a manutenção da custódia. Precedentes.

VII. Ademais, na espécie, embora os pacientes tenham sido denunciados por tráfico de drogas, o relatório do Inquérito Policial afirma não haver indícios de tráfico, indicia os pacientes pelo delito do art. 33, § 3º, da Lei 11.343/2006 – oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem – e sugere a imediata concessão de liberdade dos pacientes, presos desde o flagrante, em 05/06/2013.

VIII. **Habeas corpus** não conhecido.

IX. Ordem concedida, de ofício, na esteira do parecer ministerial, para revogar a prisão preventiva, deferindo, aos pacientes, o benefício da liberdade provisória, salvo se por outro motivo estiverem presos, sem prejuízo da imposição, pelo Juízo de 1º Grau, se for o caso, de medidas cautelares alternativas, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido de habeas corpus, expedindo, contudo, por maioria, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, vencida, neste ponto, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que não concedia a ordem de ofício.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora quanto ao não conhecimento da ordem de habeas corpus.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora quanto à concessão da ordem de ofício.

Brasília (DF), 12 de dezembro de 2013 (data do julgamento).

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 277.998 - MG (2013/0324569-7)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de Recurso Ordinário, com pedido de liminar, impetrado em favor de MARCOS FILIPE FERREIRA e GUILHERME HENRIQUE MARTINS, apontando, como autoridade coatora, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (HC 1.0000.13.045240-2/0000).

Narra o impetrante que os pacientes foram presos em flagrante, em 05/06/2013, custódia convertida em prisão preventiva, e denunciados, juntamente com outros 2 (dois) acusados, pela suposta prática do crime previsto no art. 33, **caput**, da Lei 11.343/2006.

Impetrado **Habeas corpus**, perante o Tribunal de origem, foi a ordem denegada (fls. 61/75e).

Nesta oportunidade, sustenta o impetrante, em síntese, que os pacientes sofrem constrangimento ilegal, proveniente da ausência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva e da falta de fundamentação idônea para a decretação e manutenção da custódia cautelar.

Relata que, "no dia 05/06/2013, por volta das 01:17 horas os Pacientes foram autuados em flagrante delito por terem, em tese, praticado o delito previsto no Art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006" (fl. 2e); que, "conforme relato do condutor do flagrante durante blitz de trânsito na Rua Pinto Alves em Lagoa Santa/MG, foi abordado um veículo Vectra, cor prata, placa HVS-3606, ocupado por quatro pessoas, os dois conduzidos e as duas testemunhas do flagrante" (fl. 2e); que, "ao ser parado o veículo, foi dada busca pessoal nos ocupantes e no interior do veículo, onde foi encontrado uma cédula de dez reais que continha grudada na mesma restos de substâncias semelhantes a cocaína, pequena porção de substância semelhante a cocaína e um invólucro plástico que continha em seu interior substância semelhante a maconha" (fl. 2e); que, "ao serem questionados todos os ocupantes assumiram serem usuários de drogas, inclusive estavam fazendo uso de cocaína no momento da abordagem em uma nota de dez reais, sendo a mesma apreendida pelos policiais" (fl. 2e); que, "com relação às drogas apreendidas os conduzidos assumiram que a traziam para consumo próprio, sendo que a cocaína estava sendo usada dentro do veículo por todos os ocupantes e a maconha, **envolvida em um invólucro plástico**, seria consumida pelos conduzidos na cidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Morro do Pilar, enquanto lá estivessem, uma vez que o conduzido Guilherme possui familiares na citada cidade" (fl. 2e); que "apesar de todos os elementos do APFD convergirem para a prática do delito tipificado no Art. 28 da lei 11.343/2006 (uso de drogas), a autoridade policial autuou os conduzidos pela prática de tráfico de drogas, arrolando os outros dois usuários de drogas como testemunhas do flagrante" (fl. 2e); que o Juízo de 1º Grau "homologou o Auto de Prisão em Flagrante Delito **e converteu a prisão em flagrante dos dois conduzidos em prisão preventiva, sem ouvir previamente o MP** e fundamentando sucintamente na gravidade dos fatos, na materialidade e em supostos indícios de autoria, que não existiram" (fl. 2e); que, "além de ser pequena a quantidade de droga apreendida, a mesma estava acondicionada, conforme laudo preliminar de fls. 15, **em UM invólucro plástico, afastando as características de drogas embaladas para venda**" (fl. 2e); que "os conduzidos não portavam armas e não tinham dinheiro condizente com a situação de traficante de drogas, o que também afasta os indícios de prática deste delito" (fl. 2e); que "até mesmo a autoridade policial concluiu o inquérito afirmando que os Pacientes transportavam a droga para consumo próprio, conforme se vê do Relatório Final da autoridade policial" (fl. 8e); que "**não há nos autos indícios suficientes de autoria** com relação ao crime de tráfico de drogas, sendo que os depoimentos do condutor, das testemunhas e dos conduzidos demonstram que os conduzidos devem responder somente pelo delito tipificado no Art. 28 da Lei 11.343/2006 (uso de drogas)" (fl. 12e); que não se fazem presentes, ademais, os requisitos autorizadores da prisão preventiva, previstos no art. 312 do CPP; que os pacientes são primários, com bons antecedentes, trabalhadores, com residência fixa e família constituída; que, "comprovada a falta de indícios suficientes de autoria e **a ausência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva**, bem como demonstrado inequivocamente que a imposição de medidas cautelares diversas da prisão são suficientes em razão da condição pessoal do Requerente, impõe-se a concessão de Liberdade Provisória, nos termos do Art. 321 do Código de Processo Penal" (fl. 15e).

Requer, nesse contexto, a concessão da ordem, liminarmente inclusive, para que se determine a expedição de alvará de soltura, em favor dos pacientes. Alternativamente, pugna pela aplicação de medida cautelar alternativa, diversa da prisão.

O pedido de liminar foi indeferido, a fls. 84/85e.

Foram prestadas as informações, a fls. 92/112e.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (fls.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

120/122e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 277.998 - MG (2013/0324569-7)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Consoante relatado, verifica-se que o presente **Habeas corpus** foi impetrado em substituição a Recurso Ordinário, constitucionalmente previsto para impugnar acórdão denegatório de **habeas corpus**, proferido por Tribunal de 2º Grau, nos termos do art. 105, II, **a**, da Constituição Federal.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, após o julgamento, pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, dos HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012) – quando se considerou incabível o **habeas corpus**, para substituir recurso ordinário constitucional, contra denegação da ordem, pelo STJ –, firmou entendimento pela inadequação do **writ**, para substituir recursos especial e ordinário ou revisão criminal, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, também tem negado seguimento a **habeas corpus**, substitutivos de recurso ordinário, com fulcro no art. 38 da Lei 8.038/90, quando inexistente flagrante ilegalidade, apta a ensejar a concessão da ordem, de ofício (HC 114.550/AC, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 24/08/2012; HC 114.924/RJ, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, DJe de 28/08/2012).

Em caso de **habeas corpus** substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, cumpre analisar, contudo, em cada caso, se existe manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, que implique ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, a ensejar a concessão da ordem, de ofício, o que ora passo a fazer.

Na hipótese vertente, há constrangimento ilegal, passível da concessão da ordem de **habeas corpus**, de ofício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cuida-se de alegação de falta de fundamentação para a decretação e manutenção da custódia cautelar.

Na espécie, verifica-se dos autos que os pacientes foram presos, por força de prisão em flagrante, convertida, posteriormente, em custódia preventiva, com base nos seguintes fundamentos, **in verbis**:

"Por estar formalmente perfeito, HOMOLOGO as prisões em flagrante.

Tendo em vista a gravidade dos fatos, e ainda, considerando a quantidade de drogas apreendidas, estando comprovada a materialidade do fato (fl. 15), e havendo indícios de autoria, entendo que a prisão cautelar é medida que se impõe. Ademais, ainda que assim não fosse, o artigo 44 da Lei nº 11.343/06 veda a concessão de liberdade provisória em casos de tráfico de drogas, razão pela qual DEIXO de conceder liberdade provisória aos autuados, CONVERTENDO as prisões em flagrante em prisões preventivas" (fl. 31e).

Impetrado **Habeas corpus**, no Tribunal de 2º Grau, foi mantida a prisão preventiva, **in verbis**:

"2- FUNDAMENTAÇÃO

Como visto, almeja a parte impetrante o relaxamento da prisão preventiva, ao argumento de que inexistente representação da autoridade policial ou requerimento do MP para a decretação de tal medida.

Pleiteia, ainda, a revogação da prisão, visto que a decisão guerreada carece de fundamentação idônea, bem como inexistem os requisitos dispostos no art. 312 do CPP.

Inicialmente, tem-se que razão não assiste à parte impetrante no que tange ao pedido de relaxamento da prisão.

Isso porque, segundo a nova redação dada ao art. 310, do CPP, o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá, de maneira fundamentada, relaxar a prisão ilegal ou converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312, do CPP, e as medidas cautelares diversas da prisão se mostrarem inadequadas ou insuficientes, ou, ainda, conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Certo é que, tendo em vista a urgência da apreciação, tais medidas serão tomadas independentemente de oitiva prévia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Ministério Público e da Autoridade Policial, os quais, posteriormente, terão ciência da decisão judicial.

Por outro lado, o art. 311, do CPP, prevê que a prisão preventiva somente poderá ser DECRETADA pelo juiz, de ofício, no curso da ação penal e, em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

No presente caso, contudo, a autoridade apontada coatora não decretou, mas sim CONVERTEU a prisão em flagrante do paciente em preventiva, por entender estarem presentes requisitos previstos no art. 312, do CPP, em observância ao disposto no art. 310, II, do CPP.

Dessa forma, não há qualquer ilegalidade na decisão que converteu a prisão em flagrante do paciente em preventiva, uma vez que, nesses casos, a oitiva do parquet e da autoridade policial é prescindível.

Nesse sentido:

"EMENTA HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA - ALEGAÇÃO DE NULIDADE PELA DECRETAÇÃO DE OFÍCIO — NÃO OCORRÊNCIA - MERA CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM PREVENTIVA - POSSIBILIDADE DISPOSTA NO ART.310, II, DO CPP - (...) - AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - DENEGADO O HABEAS CORPUS. - Com o advento da Lei nº 12.403/2011, possibilitou-se ao Magistrado, mesmo sem qualquer provocação do MP ou da Autoridade Policial, a conversão do flagrante delito em prisão preventiva, nos exatos termos do art.310, II, do CPP, quando presentes os seus pressupostos autorizadores. (...)" (TJMG, HC 1.0000.12.108263-0/000, Rel. Des. Jaubert Carneiro Jaques, j: 27/11/12). (destaquei).

Passo, agora, à análise do pedido de revogação da prisão preventiva.

Pois bem. É cediço que, ao converter a prisão em flagrante em preventiva, o juiz deverá motivar a sua decisão em uma das hipóteses previstas no artigo 312 do CPP, quais sejam: a garantia da ordem pública ou da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e a segurança da aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente da autoria.

Em detida análise da decisão primeva, percebo que o magistrado justificou, ainda que de forma sucinta, a necessidade de manutenção do paciente em cárcere, como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

forma de garantia da ordem pública, após ter constatado haver prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria. Portanto, a prisão cautelar se baseou em elementos concretos. À propósito, cite-se:

“(...) Tendo em vista a gravidade dos fatos, e ainda, considerando a quantidade de drogas apreendidas, estando comprovada a materialidade do fato (fl. 15), e havendo indícios de autoria, entendo que a prisão cautelar é medida que se impõe. (...)” (F. 33/33v-TJ, decisão que converteu a prisão flagrancial em preventiva).

“(...) Analisando os autos, entendo que razão não assiste ao requerente. É que, como se não bastasse estar comprovada a materialidade (fls. 15 do APF) e existir indícios de autoria, diante da gravidade dos fatos, com apreensão de significativa quantia de entorpecentes, e ainda tendo em vista a necessidade de garantia da ordem pública, entendo que permanecem os motivos ensejadores da prisão cautelar, especificamente porque o delito de tráfico de drogas causa grande e negativo impacto social, numa pequena cidade do interior como Lagoa Santa. (...)” (F. 133-TJ, decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória).

Logo, certo é que a prisão cautelar do paciente se faz necessária em razão da garantia da ordem pública.

Consoante é cediço, a ordem pública caracteriza-se pela tranquilidade e paz no seio social, abrangendo também a promoção daquelas providências de resguardo à integridade das instituições, à sua credibilidade social e ao aumento da confiança da população nos mecanismos oficiais de repressão às diversas formas de delinquência.

Ao mesmo tempo, certo é que a prisão cautelar com base no resguardo da ordem pública visa evitar que o agente permaneça delinquindo no decorrer da persecução penal, evitando distúrbios e intranquilidade no meio social.

Sua necessidade se evidenciará pela análise fundamentada da gravidade da infração e da repercussão social da conduta, sendo a periculosidade demonstrada pelo réu, a qual deve ser apurada pelo exame de seus antecedentes e pela maneira de execução do delito, um dos fatores responsáveis pela repercussão social que a prática



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do crime adquirir.

No presente caso, examinando os documentos presentes nos autos, verifica-se a existência de fortes indícios de autoria e materialidade do delito, principalmente após a atenta leitura do APFD de fls. 20/27-TJ, no qual se constata que policiais, após abordarem o veículo Vectra, placa HVS-3606, notaram que seus ocupantes tentavam esconder algo em seu interior, momento em que procederam às buscas.

Durante a vistoria, foi apreendida, em tese, uma nota de R\$10,00 (dez reais), a qual possuía restos de uma substância semelhante à cocaína, uma porção da mesma substância, pesando 7,6g (sete gramas e seis centigramas), bem como uma sacola contendo 07 (sete) pedaços de maconha, pesando, ao todo, 91,2g (noventa e um gramas e dois centigramas).

Ressalte-se, ainda, que o paciente, perante a autoridade policial, assumiu a propriedade da droga encontrada (f. 26-TJ). Ora, tais circunstâncias, ao menos em uma análise apriorística, são capazes de demonstrar a periculosidade do paciente e a intranquilidade social que a soltura do autor de um delito de tal gravidade causaria, o que torna necessária a manutenção da custódia cautelar para a garantia da ordem pública.

Assim, constata-se que existem indícios suficientes de autoria, sendo certo que discussões acerca da materialidade e da autoria delitivas, bem como do tipo penal, não são permitidas na acanhada via do Habeas Corpus, pois se referem à matéria de mérito a ser discutida durante a instrução processual. Nesse sentido é a orientação jurisprudencial, vejamos:

"EMENTA: HABEAS CORPUS - NEGATIVA DE AUTORIA - ANÁLISE QUE COMPORTA DILAÇÃO PROBATÓRIA INVIÁVEL NA VIA ELEITA - HABEAS CORPUS DENEGADO. - Negativa de autoria comporta dilação probatória, inviável análise na estreita via do HC. A fase de instrução criminal dos autos de cognição, é a seara própria e momento adequados para analisá-la. Habeas Corpus denegado." (TJMG, HC 1.0000.10.069017-1/000, Rel. Des. Cássio Salomé, j: 20/01/11).

Dessa forma, a presença concreta dos requisitos do art. 312 do CPP, aliada aos fortes indícios de autoria e materialidade dos delitos, demonstram a necessidade e conveniência da segregação do paciente.

É de se salientar, ainda, que a existência de circunstâncias pessoais favoráveis ao paciente, por si só, não é suficiente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para garantir o benefício pleiteado, se presentes os motivos que autorizam a prisão preventiva, como no caso dos autos, segundo pacífico respaldo jurisprudencial (STJ, HC 130987/BA, Rel. Min. Amaldo Esteves Lima, j: 18/06/09).

Ressalto, por fim, que a Lei 12.403/11, prevê a possibilidade de prisão cautelar para crimes dolosos cuja pena máxima cominada seja superior a quatro anos (art. 313, I, do CPP).

Logo, considerando que o crime de tráfico de drogas prevê pena privativa de liberdade máxima de 15 (quinze) anos, a norma atualmente em vigor é perfeitamente aplicável ao caso em análise.

Feitas tais considerações e **estando presente o periculum libertatis, a prisão cautelar do paciente é medida imperativa, como forma, principalmente, de garantia da ordem pública**" (fls. 64/70e).

De início, a jurisprudência desta Sexta Turma do STJ firmou-se no sentido de que os benefícios da liberdade provisória e do apelo em liberdade, em crime de tráfico de entorpecentes, somente poderiam ser negados mediante decisão devidamente fundamentada, a teor do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

A Quinta Turma do STJ adotava posicionamento diverso, no sentido da desnecessidade de fundamentação para a negativa do direito à liberdade provisória ou ao apelo em liberdade, nas hipóteses de réus presos em flagrante, por crimes hediondos ou equiparados, com fundamento na inafiançabilidade dos delitos.

Atualmente, a discussão encontra-se superada, na medida em que a vedação legal à concessão da liberdade provisória, para os delitos de tráfico, prevista no art. 44 da Lei 11.343/2006, não mais subsiste.

Com efeito, em 10/05/2012, foi declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade da parte do art. 44 da Lei 11.343/2006, que vedava o benefício da liberdade provisória aos delitos de tráfico de drogas, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (HC 104.339/SP), consoante consta do Informativo 665, daquela Corte.

In casu, todavia, a prisão em flagrante foi convertida em preventiva e mantida com base, não apenas na vedação legal à liberdade provisória – como se demonstrou –, mas também em considerações abstratas acerca da gravidade do delito, o que não se presta a justificar a custódia cautelar, de acordo com a jurisprudência desta Corte.

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PROVISÓRIA. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. OCORRÊNCIA. FALTA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. ORDEM CONCEDIDA. CONFIRMADA A LIMINAR.

1. A prisão processual é medida odiosa, cabível apenas quando imprescindível para a esmerada prestação jurisdicional, ou seja, quando presente alguma das hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal. Por força do parágrafo único do art. 310 do mesmo diploma legal, tal disposição estende-se - evidentemente - à prisão em flagrante. In casu, prisão provisória que não se justifica ante a fundamentação inidônea para o indeferimento da liberdade provisória.

2. Ordem concedida a fim de que o paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que o Juízo a quo, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma das medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade. Confirmada a liminar deferida" (STJ, HC 263.275/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 24/04/2013).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE: 1,92 G DE MASSA LÍQUIDA DE COCAÍNA E 0,62 G DE MASSA LÍQUIDA DE MACONHA. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ART. 44 DA LEI N. 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo do recurso ordinário previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição Federal e 30 da Lei n. 8.038/1990, consoante atual entendimento adotado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, que não têm mais admitido o habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

2. No julgamento do HC n. 104.339/SP, em 10/5/2012, conforme noticiado no Informativo de Jurisprudência n. 665/STF, de 7 a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11/5/2012, o Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, que proibia a concessão de liberdade provisória nos crimes de tráfico de entorpecentes.

3. As instâncias ordinárias não indicaram fatos concretos aptos a justificar a segregação cautelar da paciente, estando as decisões fundamentadas simplesmente na gravidade abstrata do crime, o que configura nítido constrangimento ilegal.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para deferir a liberdade provisória à paciente" (STJ, HC 252.435/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 26/11/2012).

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA PELO MAGISTRADO PROCESSANTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MERA INDICAÇÃO DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. AUSÊNCIA DE ELEMENTO CONCRETO A JUSTIFICAR A MEDIDA EXCEPCIONAL. ORDEM CONCEDIDA.

I - A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação definitiva.

II - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a existência de indícios de autoria e prova da materialidade do delito, bem como o juízo valorativo sobre a gravidade genérica do crime imputado ao paciente e sua periculosidade abstrata, não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, se desvinculados de qualquer fator concreto ensejador da configuração dos requisitos do art. 312 do CPP.

III - A mera alusão aos requisitos da custódia cautelar, expressões de simples apelo retórico, bem relativas à necessidade de coibir a prática de delitos graves e ao clamor público, não são aptos a embasar a medida restritiva de liberdade.

IV - As condições pessoais favoráveis, como primariedade, bons antecedentes e residência definida, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à liberdade provisória, devem ser devidamente valoradas quando não demonstrada a presença dos requisitos que justificam a medida constritiva excepcional (Precedentes).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

V - Reconhecida a ausência de motivação idônea do decreto prisional, resta superada a análise do suposto excesso de prazo na formação da culpa.

VI. Deve ser cassado o acórdão recorrido e as decisões de 1º grau, para conceder ao paciente o benefício da liberdade provisória, se por outro motivo não estiver preso, mediante as condições a serem estabelecidas pelo Magistrado singular, sem prejuízo de que seja decretada nova custódia, com base em fundamentação concreta.

VII - Ordem concedida, nos termos do voto do Relator" (STJ, HC 243.717/BA, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 05/09/2012).

É certo que a decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva refere-se, genérica e sucintamente, à quantidade de droga (fl. 31e). Verifica-se que, na espécie, foram apreendidos, em poder dos pacientes primários (fls. 47/48e), 7,6g (sete gramas e seis centigramas) de cocaína e 91,2g (noventa e um gramas e dois centigramas) de maconha, quantidade que, embora não irrisória, não pode ser considerada como de grande monta, de sorte a justificar a manutenção da custódia.

Em tal sentido os seguintes precedentes do STJ:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO **WRIT**. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ARTS. 33, **CAPUT**, E 35, **CAPUT**, DO CÓDIGO PENAL). PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA. DECISÃO EMBASADA, UNICAMENTE, NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS PARA JUSTIFICAR A NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR. RÉU TECNICAMENTE PRIMÁRIO. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA NÃO DEMONSTRADA. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.
(...)

V. **In casu**, a prisão em flagrante foi convertida em preventiva com base, unicamente, em considerações genéricas acerca da gravidade abstrata do delito, sem indicação de elementos concretos, que justificassem a custódia cautelar, o que não se admite, na forma da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurisprudência do STF. Precedentes.

VI. Ressalte-se que, na espécie, foram apreendidos, em poder do paciente, tecnicamente primário, 60,50 g (sessenta gramas e cinquenta centigramas) de cocaína, quantidade que, embora não irrisória, não pode ser considerada como de grande monta.

VII. Habeas corpus não conhecido.

VIII. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva, deferindo, ao paciente, o benefício da liberdade provisória, salvo se por outro motivo estiver preso, sob o compromisso de comparecimento a todos os atos do processo a que for chamado, sem prejuízo da imposição, pelo Juízo de 1.º Grau, de medidas cautelares alternativas, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal, e de decretação de nova custódia cautelar, com base em fundamentação concreta" (STJ, HC 253.071/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, DJe de 04/06/2013).

"CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO LEGAL AFASTADA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. GRAVIDADE GENÉRICA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. INEXPRESSIVIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

I. O Pleno do STF, por maioria, deferiu o pedido formulado no HC 104.339/SP e declarou a inconstitucionalidade da expressão "e liberdade provisória", constante do art. 44, caput, da Lei 11.343/2006, determinando que sejam apreciados os requisitos previstos no art. 312 do CPP para que, se for o caso, seja mantida a segregação cautelar.

II. A existência de indícios de autoria e prova da materialidade, bem como o juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito imputado ao paciente, não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, se desvinculados de qualquer fator concreto ensejador da configuração dos requisitos do art. 312 do CPP.

III. A quantidade de entorpecente apreendida (100g de cocaína e 180g de maconha) não se revela substancial a ponto de, por si só, justificar a segregação como forma de garantir a ordem pública.

IV. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator" (STJ, HC 239.105/MS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 20/06/2012).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, embora tal questão não possa ser deslindada em sede de **habeas corpus**, ela se presta para formar o convencimento a respeito da necessidade da manutenção da prisão preventiva dos pacientes. É que, embora fossem eles, após, denunciados por tráfico de drogas (fls. 49/51e), o relatório do Inquérito Policial afirma não haver indícios de tráfico, indicia os pacientes pelo delito do art. 33, § 3º, da Lei 11.343/2006 – oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem – e sugere a imediata concessão de liberdade dos pacientes, presos desde o flagrante, **in verbis**:

"A conduta de MARCOS FILIPE e GUILHERME que inicialmente poderia se amoldar a (...) do art. 28 da lei de drogas evoluiu para o tipo penal do art. 33, § 3º, daquela lei, pois ofereceram a droga, gratuitamente e de forma eventual a pessoa do relacionamento de um deles, sendo que todos a consumiram em conjunto, inclusive compartilhando do instrumento para auxiliar o seu uso 'cédula de dez reais'.

(...) indicia MARCOS FILIPE FERREIRA e GUILHERME HENRIQUE MARTINS como incurso nas sanções do art. 33, § 3º, da Lei nº 11.343/06.

Pelo exposto, tendo em vista que os autuados permanecem presos desde a lavratura da presente APFD, a Autoridade Policial subscritora SUGERE seja concedido o imediato relaxamento da prisão de MARCOS FILIPE FERREIRA e GUILHERME HENRIQUE MARTINS" (fl. 58e).

Cumpre salientar que, entre os extremos da prisão cautelar e da liberdade provisória, a Lei 12.403, de 04 de junho de 2011, instituiu medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, dando nova redação ao art. 319 do Código de Processo Penal. A partir dos critérios de necessidade e adequação, previstos nos arts. 282, I e II, do CPP, e da proporcionalidade da medida, permite-se ao julgador buscar a medida que seja mais adequada, em face da necessidade do caso concreto, identificando qual cautela de restrição da liberdade é suficiente para assegurar a utilidade e a eficácia do provimento jurisdicional, sem que se tenha de lançar mão da medida drástica do encarceramento.

Verifica-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que as medidas cautelares, previstas nos arts. 317, 319 e 320 do CPP, não são substitutivas à prisão preventiva, mas alternativas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Substitutivas seriam se, cabível a prisão preventiva, o julgador a substituísse por medidas menos gravosas, diferentemente das alternativas, que significam que, ou se admite a prisão preventiva ou se aceitam as medidas cautelares dos arts. 317, 319 e 320 do CPP, acrescidas pela Lei 12.403/2011.

Nesse contexto, ausentes os requisitos da prisão cautelar, resta a possibilidade de se impor medida cautelar diversa do cárcere, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal.

O professor Gustavo Henrique Badaró esclarece que "as medidas cautelares previstas no art. 319, bem como a medida cautelar estabelecida no art. 320, são medidas cautelares alternativas à prisão preventiva ou prisão em flagrante delito. Não se trata de medidas cautelares substitutivas da prisão. A diferença é fundamental. No caso de medidas substitutivas, a prisão preventiva é concretamente cabível, mas o juiz pode deixar de aplicá-la, substituindo-a por medida menos gravosa, não privativa de liberdade" (Medidas Cautelares no Processo Penal, obra coordenada pelo Ministro Og Fernandes, Ed. RT, 2012, p. 210).

Para a decretação das medidas cautelares alternativas à prisão devem ser preenchidos os pressupostos próprios das cautelares, no processo penal, ou seja, o **fumus commissi delicti** (prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria) e o **periculum libertatis** (necessidade para a aplicação da lei penal, para a investigação criminal ou para a instrução criminal e, no caso das cautelares dos incisos II, VI e VII do art. 319 do CPP, necessidade para se evitar a reiteração criminosa). Porém, diferentemente da prisão preventiva (art. 312 do CPP), elas não estão restritas a parâmetros definidos, exigindo-se, apenas, que as situações sejam menos graves e as medidas restritivas à liberdade de locomoção, em menor grau, sejam adequadas e proporcionais. A nova sistemática das medidas cautelares exige, aliás, que a primeira opção a ser adotada deve ser a das medidas cautelares alternativas à prisão, ficando a medida mais gravosa (prisão) limitada a situações excepcionais (art. 282, § 6º, do CPP).

Desse modo, não conheço do presente **Habeas corpus**, substitutivo de Recurso Ordinário. Concedo, porém, a ordem, de ofício, para revogar a prisão preventiva,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deferindo, aos pacientes, o benefício da liberdade provisória, se por outro motivo não estiverem presos, sem prejuízo da imposição, pelo Juízo de 1º Grau, se for o caso, de medidas cautelares alternativas, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 277.998 - MG (2013/0324569-7)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ: Sr. Presidente, a petição inicial, que não teve nenhuma menção em contrário nas decisões tanto do juiz de primeiro grau, quanto do Tribunal, destaca que o paciente é trabalhador, possui residência fixa, primário, tem bons antecedentes, possui família que reside na sua companhia e inúmeros outros vínculos sobre a sua permanência na Cidade de Vespasiano - Minas Gerais, na Grande Belo Horizonte.

Então, diante dessas considerações, Sr. Presidente, entendendo que, de fato, pela coerência que temos adotado em outros casos e, na dúvida, prefiro tutelar a liberdade.

Acompanho o voto da eminente Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 277.998 - MG (2013/0324569-7)

VOTO-VENCIDO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Como bem sumariado pela culta relatora, Ministra Assusete Magalhães,
verbis:

"Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de Recurso Ordinário, com pedido de liminar, impetrado em favor de MARCOS FILIPE FERREIRA e GUILHERME HENRIQUE MARTINS, apontando, como autoridade coatora, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (HC 1.0000.13.045240-2/0000).

Narra o impetrante que os pacientes foram presos em flagrante, em 05/06/2013, custódia convertida em prisão preventiva, e denunciados, juntamente com outros 2 (dois) acusados, pela suposta prática do crime previsto no art. 33, **caput**, da Lei 11.343/2006.

Impetrado **Habeas corpus**, perante o Tribunal de origem, foi a ordem denegada (fls. 61/75e).

Nesta oportunidade, sustenta o impetrante, em síntese, que os pacientes sofrem constrangimento ilegal, proveniente da ausência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva e da falta de fundamentação idônea para a decretação e manutenção da custódia cautelar.

Relata que, 'no dia 05/06/2013, por volta das 01:17 horas os Pacientes foram autuados em flagrante delito por terem, em tese, praticado o delito previsto no Art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006' (fl. 2e); que, 'conforme relato do condutor do flagrante durante blitz de trânsito na Rua Pinto Alves em Lagoa Santa/MG, foi abordado um veículo Vectra, cor prata, placa HVS-3606, ocupado por quatro pessoas, os dois conduzidos e as duas testemunhas do flagrante' (fl. 2e); que, 'ao ser parado o veículo, foi dada busca pessoal nos ocupantes e no interior do veículo, onde foi encontrado uma cédula de dez reais que continha grudada na mesma restos de substâncias semelhantes a cocaína, pequena porção de substância semelhante a cocaína e um invólucro plástico que continha em seu interior substância semelhante a maconha' (fl. 2e); que, 'ao serem questionados todos os ocupantes assumiram serem usuários de drogas, inclusive estavam fazendo uso de cocaína no momento da abordagem em uma nota de dez reais, sendo a mesma apreendida pelos policiais' (fl. 2e); que, 'com relação às drogas apreendidas os conduzidos assumiram que a traziam para consumo próprio, sendo que a cocaína estava sendo usada dentro do veículo por todos os ocupantes e a maconha, **envolvida em um invólucro plástico**, seria consumida pelos conduzidos na cidade de Morro do Pilar, enquanto lá estivessem, uma vez que o conduzido Guilherme possui familiares na citada cidade' (fl. 2e); que 'apesar de todos os elementos do APFD convergirem para a prática do delito tipificado no Art. 28 da lei 11.343/2006 (uso de drogas), a autoridade policial autuou os conduzidos pela prática de tráfico de drogas, arrolando os outros dois usuários de drogas como testemunhas do flagrante' (fl. 2e); que o Juízo de 1º Grau 'homologou o Auto de Prisão em Flagrante Delito **e converteu a prisão**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em flagrante dos dois conduzidos em prisão preventiva, sem ouvir previamente o MP e fundamentando sucintamente na gravidade dos fatos, na materialidade e em supostos indícios de autoria, que não existiram' (fl. 2e); que, 'além de ser pequena a quantidade de droga apreendida, a mesma estava acondicionada, conforme laudo preliminar de fls. 15, **em UM invólucro plástico, afastando as características de drogas embaladas para venda**' (fl. 2e); que 'os conduzidos não portavam armas e não tinham dinheiro condizente com a situação de traficante de drogas, o que também afasta os indícios de prática deste delito' (fl. 2e); que 'até mesmo a autoridade policial concluiu o inquérito afirmando que os Pacientes transportavam a droga para consumo próprio, conforme se vê do Relatório Final da autoridade policial' (fl. 8e); que '**não há nos autos indícios suficientes de autoria** com relação ao crime de tráfico de drogas, sendo que os depoimentos do condutor, das testemunhas e dos conduzidos demonstram que os conduzidos devem responder somente pelo delito tipificado no Art. 28 da Lei 11.343/2006 (uso de drogas)' (fl. 12e); que não se fazem presentes, ademais, os requisitos autorizadores da prisão preventiva, previstos no art. 312 do CPP; que os pacientes são primários, com bons antecedentes, trabalhadores, com residência fixa e família constituída; que, 'comprovada a falta de indícios suficientes de autoria e **a ausência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva**, bem como demonstrado inequivocamente que a imposição de medidas cautelares diversas da prisão são suficientes em razão da condição pessoal do Requerente, impõe-se a concessão de Liberdade Provisória, nos termos do Art. 321 do Código de Processo Penal' (fl. 15e).

Requer, nesse contexto, a concessão da ordem, liminarmente inclusive, para que se determine a expedição de alvará de soltura, em favor dos pacientes. Alternativamente, pugna pela aplicação de medida cautelar alternativa, diversa da prisão.

O pedido de liminar foi indeferido, a fls. 84/85e.

Foram prestadas as informações, a fls. 92/112e.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (fls. 120/122e).

É o relatório."

Segundo sua ótica, que se sagrou vencedora no seio da colenda Sexta Turma desta Corte, o *mandamus* restou não conhecido, mas a ordem foi concedida, de ofício, aos seguintes fundamentos:

"Consoante relatado, verifica-se que o presente **Habeas corpus** foi impetrado em substituição a Recurso Ordinário, constitucionalmente previsto para impugnar acórdão denegatório de **habeas corpus**, proferido por Tribunal de 2º Grau, nos termos do art. 105, II, **a**, da Constituição Federal.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, após o julgamento, pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, dos HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012) – quando se considerou incabível o **habeas corpus**, para substituir recurso ordinário constitucional, contra denegação da ordem, pelo STJ –, firmou entendimento pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inadequação do **writ**, para substituir recursos especial e ordinário ou revisão criminal, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípuo objetivo e desordenar a lógica recursal.

Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, também tem negado seguimento a **habeas corpus**, substitutivos de recurso ordinário, com fulcro no art. 38 da Lei 8.038/90, quando inexistente flagrante ilegalidade, apta a ensejar a concessão da ordem, de ofício (HC 114.550/AC, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 24/08/2012; HC 114.924/RJ, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, DJe de 28/08/2012).

Em caso de **habeas corpus** substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, cumpre analisar, contudo, em cada caso, se existe manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, que implique ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, a ensejar a concessão da ordem, de ofício, o que ora passo a fazer.

Na hipótese vertente, há constrangimento ilegal, passível da concessão da ordem de **habeas corpus**, de ofício.

Cuida-se de alegação de falta de fundamentação para a decretação e manutenção da custódia cautelar.

Na espécie, verifica-se dos autos que os pacientes foram presos, por força de prisão em flagrante, convertida, posteriormente, em custódia preventiva, com base nos seguintes fundamentos, **in verbis**:

'Por estar formalmente perfeito, HOMOLOGO as prisões em flagrante.

Tendo em vista a gravidade dos fatos, e ainda, considerando a quantidade de drogas apreendidas, estando comprovada a materialidade do fato (fl. 15), e havendo indícios de autoria, entendo que a prisão cautelar é medida que se impõe. Ademais, ainda que assim não fosse, o artigo 44 da Lei nº 11.343/06 veda a concessão de liberdade provisória em casos de tráfico de drogas, razão pela qual DEIXO de conceder liberdade provisória aos autuados, CONVERTENDO as prisões em flagrante em prisões preventivas' (fl. 31e).

Impetrado **Habeas corpus**, no Tribunal de 2º Grau, foi mantida a prisão preventiva, **in verbis**:

'2- FUNDAMENTAÇÃO

Como visto, almeja a parte impetrante o relaxamento da prisão preventiva, ao argumento de que inexistente representação da autoridade policial ou requerimento do MP para a decretação de tal medida.

Pleiteia, ainda, a revogação da prisão, visto que a decisão guerreada carece de fundamentação idônea, bem como inexistem os requisitos dispostos no art. 312 do CPP.

Inicialmente, tem-se que razão não assiste à parte impetrante no que tange ao pedido de relaxamento da prisão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Isso porque, segundo a nova redação dada ao art. 310, do CPP, o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá, de maneira fundamentada, relaxar a prisão ilegal ou converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312, do CPP, e as medidas cautelares diversas da prisão se mostrarem inadequadas ou insuficientes, ou, ainda, conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Certo é que, tendo em vista a urgência da apreciação, tais medidas serão tomadas independentemente de oitiva prévia do Ministério Público e da Autoridade Policial, os quais, posteriormente, terão ciência da decisão judicial.

Por outro lado, o art. 311, do CPP, prevê que a prisão preventiva somente poderá ser DECRETADA pelo juiz, de ofício, no curso da ação penal e, em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

No presente caso, contudo, a autoridade apontada coatora não decretou, mas sim CONVERTEU a prisão em flagrante do paciente em preventiva, por entender estarem presentes requisitos previstos no art. 312, do CPP, em observância ao disposto no art. 310, II, do CPP.

Dessa forma, não há qualquer ilegalidade na decisão que converteu a prisão em flagrante do paciente em preventiva, uma vez que, nesses casos, a oitiva do parquet e da autoridade policial é prescindível.

Nesse sentido:

EMENTA HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA - ALEGAÇÃO DE NULIDADE PELA DECRETAÇÃO DE OFÍCIO – NÃO OCORRÊNCIA - MERA CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM PREVENTIVA - POSSIBILIDADE DISPOSTA NO ART.310, II, DO CPP - (...) - AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - DENEGADO O HABEAS CORPUS. - Com o advento da Lei nº 12.403/2011, possibilitou-se ao Magistrado, mesmo sem qualquer provocação do MP ou da Autoridade Policial, a conversão do flagrante delito em prisão preventiva, nos exatos termos do art. 310, II, do CPP, quando presentes os seus pressupostos autorizadores. (...)' (TJMG, HC 1.0000.12.108263-0/000, Rel. Des. Jaubert Carneiro Jaques, j: 27/11/12). (destaquei).

Passo, agora, à análise do pedido de revogação da prisão preventiva.

Pois bem. É cediço que, ao converter a prisão em flagrante em preventiva, o juiz deverá motivar a sua decisão em uma das hipóteses previstas no artigo 312 do CPP, quais sejam: a garantia da ordem pública ou da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e a segurança da aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente da autoria.

Em detida análise da decisão primeva, percebo que o magistrado justificou, ainda que de forma sucinta, a necessidade de manutenção do paciente em cárcere, como forma de garantia da ordem pública, após ter constatado haver prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria. Portanto, a prisão cautelar se baseou em elementos concretos. À propósito, cite-se:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'(...) Tendo em vista a gravidade dos fatos, e ainda, considerando a quantidade de drogas apreendidas, estando comprovada a materialidade do fato (fl. 15), e havendo indícios de autoria, entendo que a prisão cautelar é medida que se impõe. (...)'. (F. 33/33v-TJ, decisão que converteu a prisão flagrancial em preventiva).

“(...) Analisando os autos, entendo que razão não assiste ao requerente. É que, como se não bastasse estar comprovada a materialidade (fls. 15 do APF) e existir indícios de autoria, diante da gravidade dos fatos, com apreensão de significativa quantia de entorpecentes, e ainda tendo em vista a necessidade de garantia da ordem pública, entendo que permanecem os motivos ensejadores da prisão cautelar, especificamente porque o delito de tráfico de drogas causa grande e negativo impacto social, numa pequena cidade do interior como Lagoa Santa. (...)’. (F. 133-TJ, decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória).

Logo, certo é que a **prisão cautelar do paciente se faz necessária em razão da garantia da ordem pública.**

Consoante é cediço, a ordem pública caracteriza-se pela tranquilidade e paz no seio social, abrangendo também a promoção daquelas providências de resguardo à integridade das instituições, à sua credibilidade social e ao aumento da confiança da população nos mecanismos oficiais de repressão às diversas formas de delinquência.

Ao mesmo tempo, certo é que a prisão cautelar com base no resguardo da ordem pública visa evitar que o agente permaneça delinquindo no decorrer da persecução penal, evitando distúrbios e intranquilidade no meio social.

Sua necessidade se evidenciará pela análise fundamentada da gravidade da infração e da repercussão social da conduta, sendo a periculosidade demonstrada pelo réu, a qual deve ser apurada pelo exame de seus antecedentes e pela maneira de execução do delito, um dos fatores responsáveis pela repercussão social que a prática do crime adquire.

No presente caso, examinando os documentos presentes nos autos, verifica-se a existência de fortes indícios de autoria e materialidade do delito, principalmente após a atenta leitura do APFD de fls. 20/27-TJ, no qual se constata que policiais, após abordarem o veículo Vectra, placa HVS-3606, notaram que seus ocupantes tentavam esconder algo em seu interior, momento em que procederam às buscas.

Durante a vistoria, foi apreendida, em tese, uma nota de R\$10,00 (dez reais), a qual possuía restos de uma substância semelhante à cocaína, uma porção da mesma substância, pesando 7,6g (sete gramas e seis centigramas), bem como uma sacola contendo 07 (sete) pedaços de maconha, pesando, ao todo, 91,2g (noventa e um gramas e dois centigramas).

Ressalte-se, ainda, que **o paciente, perante a autoridade policial, assumiu a propriedade da droga encontrada (f. 26-TJ).**

Ora, tais circunstâncias, ao menos em uma análise apriorística, são capazes de demonstrar a periculosidade do paciente e a intranquilidade social que a soltura do autor de um delito de tal gravidade causaria, o que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

torna necessária a manutenção da custódia cautelar para a garantia da ordem pública.

Assim, constate-se que **existem indícios suficientes de autoria, sendo certo que discussões acerca da materialidade e da autoria delitivas, bem como do tipo penal, não são permitidas na acanhada via do Habeas Corpus, pois se referem à matéria de mérito a ser discutida durante a instrução processual.** Nesse sentido é a orientação jurisprudencial, vejamos:

“EMENTA: HABEAS CORPUS - NEGATIVA DE AUTORIA - ANÁLISE QUE COMPORTA DILAÇÃO PROBATÓRIA INVIÁVEL NA VIA ELEITA - HABEAS CORPUS DENEGADO. - Negativa de autoria comporta dilação probatória, inviável análise na estreita via do HC. A fase de instrução criminal dos autos de cognição, é a seara própria e momento adequados para analisá-la. Habeas Corpus denegado.” (TJMG, HC 1.0000.10.069017-1/000, Rel. Des. Cássio Salomé, j: 20/01/11).

Dessa forma, **a presença concreta dos requisitos do art. 312 do CPP, aliada aos fortes indícios de autoria e materialidade dos delitos, demonstram a necessidade e conveniência da segregação do paciente.**

É de se salientar, ainda, que a existência de circunstâncias pessoais favoráveis ao paciente, por si só, não é suficiente para garantir o benefício pleiteado, se presentes os motivos que autorizam a prisão preventiva, como no caso dos autos, segundo pacífico respaldo jurisprudencial (STJ, HC 130987/BA, Rel. Min. Amaldo Esteves Lima, j: 18/06/09).

Ressalto, por fim, que a Lei 12.403/11, prevê a possibilidade de prisão cautelar para crimes dolosos cuja pena máxima cominada seja superior a quatro anos (art. 313, I, do CPP).

Logo, considerando que o crime de tráfico de drogas prevê pena privativa de liberdade máxima de 15 (quinze) anos, a norma atualmente em vigor é perfeitamente aplicável ao caso em análise.

Feitas tais considerações e **estando presente o periculum libertatis, a prisão cautelar do paciente é medida imperativa, como forma, principalmente, de garantia da ordem pública**” (fls. 64/70e).

De início, a jurisprudência desta Sexta Turma do STJ firmou-se no sentido de que os benefícios da liberdade provisória e do apelo em liberdade, em crime de tráfico de entorpecentes, somente poderiam ser negados mediante decisão devidamente fundamentada, a teor do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

A Quinta Turma do STJ adotava posicionamento diverso, no sentido da desnecessidade de fundamentação para a negativa do direito à liberdade provisória ou ao apelo em liberdade, nas hipóteses de réus presos em flagrante, por crimes hediondos ou equiparados, com fundamento na inafiançabilidade dos delitos.

Atualmente, a discussão encontra-se superada, na medida em que a vedação legal à concessão da liberdade provisória, para os delitos de tráfico, prevista no art. 44 da Lei 11.343/2006, não mais subsiste.

Com efeito, em 10/05/2012, foi declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade da parte do art. 44 da Lei 11.343/2006, que vedava o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

benefício da liberdade provisória aos delitos de tráfico de drogas, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (HC 104.339/SP), consoante consta do Informativo 665, daquela Corte.

In casu, todavia, a prisão em flagrante foi convertida em preventiva e mantida com base, não apenas na vedação legal à liberdade provisória – como se demonstrou –, mas também em considerações abstratas acerca da gravidade do delito, o que não se presta a justificar a custódia cautelar, de acordo com a jurisprudência desta Corte.

Nesse sentido:

'PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PROVISÓRIA. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. OCORRÊNCIA. FALTA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. ORDEM CONCEDIDA. CONFIRMADA A LIMINAR.

1. A prisão processual é medida odiosa, cabível apenas quando imprescindível para a escorreita prestação jurisdicional, ou seja, quando presente alguma das hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal. Por força do parágrafo único do art. 310 do mesmo diploma legal, tal disposição estende-se - evidentemente - à prisão em flagrante. **In casu**, prisão provisória que não se justifica ante a fundamentação inidônea para o indeferimento da liberdade provisória.

2. Ordem concedida a fim de que o paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que o Juízo a quo, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma das medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade. Confirmada a liminar deferida' (STJ, HC 263.275/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 24/04/2013).

'HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE: 1,92 G DE MASSA LÍQUIDA DE COCAÍNA E 0,62 G DE MASSA LÍQUIDA DE MACONHA. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ART. 44 DA LEI N. 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo do recurso ordinário previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição Federal e 30 da Lei n. 8.038/1990, consoante atual entendimento adotado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, que não têm mais admitido o habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

2. No julgamento do HC n. 104.339/SP, em 10/5/2012, conforme noticiado no Informativo de Jurisprudência n. 665/STF, de 7 a 11/5/2012, o Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, que proibia a concessão de liberdade provisória nos crimes de tráfico de entorpecentes.

3. As instâncias ordinárias não indicaram fatos concretos aptos a justificar a segregação cautelar da paciente, estando as decisões fundamentadas simplesmente na gravidade abstrata do crime, o que configura nítido constrangimento ilegal.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para deferir a liberdade provisória à paciente' (STJ, HC 252.435/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 26/11/2012).

'CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA PELO MAGISTRADO PROCESSANTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MERA INDICAÇÃO DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. AUSÊNCIA DE ELEMENTO CONCRETO A JUSTIFICAR A MEDIDA EXCEPCIONAL. ORDEM CONCEDIDA.

I - A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação definitiva.

II - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a existência de indícios de autoria e prova da materialidade do delito, bem como o juízo valorativo sobre a gravidade genérica do crime imputado ao paciente e sua periculosidade abstrata, não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, se desvinculados de qualquer fator concreto ensejador da configuração dos requisitos do art. 312 do CPP.

III - A mera alusão aos requisitos da custódia cautelar, expressões de simples apelo retórico, bem relativas à necessidade de coibir a prática de delitos graves e ao clamor público, não são aptos a embasar a medida restritiva de liberdade.

IV - As condições pessoais favoráveis, como primariedade, bons antecedentes e residência definida, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à liberdade provisória, devem ser devidamente valoradas quando não demonstrada a presença dos requisitos que justificam a medida constritiva excepcional (Precedentes).

V - Reconhecida a ausência de motivação idônea do decreto prisional, resta superada a análise do suposto excesso de prazo na formação da culpa.

VI. Deve ser cassado o acórdão recorrido e as decisões de 1º grau, para conceder ao paciente o benefício da liberdade provisória, se por outro motivo não estiver preso, mediante as condições a serem estabelecidas pelo Magistrado singular, sem prejuízo de que seja decretada nova custódia, com base em fundamentação concreta.

VII - Ordem concedida, nos termos do voto do Relator' (STJ, HC 243.717/BA, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 05/09/2012).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É certo que a decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva refere-se, genérica e sucintamente, à quantidade de droga (fl. 31e). Verifica-se que, na espécie, foram apreendidos, em poder dos pacientes primários (fls. 47/48e), 7,6g (sete gramas e seis centigramas) de cocaína e 91,2g (noventa e um gramas e dois centigramas) de maconha, quantidade que, embora não irrisória, não pode ser considerada como de grande monta, de sorte a justificar a manutenção da custódia.

Em tal sentido os seguintes precedentes do STJ:

'PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO **WRIT**. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ARTS. 33, **CAPUT**, E 35, **CAPUT**, DO CÓDIGO PENAL). PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA. DECISÃO EMBASADA, UNICAMENTE, NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS PARA JUSTIFICAR A NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR. RÉU TECNICAMENTE PRIMÁRIO. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA NÃO DEMONSTRADA. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

(...)

V. **In casu**, a prisão em flagrante foi convertida em preventiva com base, unicamente, em considerações genéricas acerca da gravidade abstrata do delito, sem indicação de elementos concretos, que justificassem a custódia cautelar, o que não se admite, na forma da jurisprudência do STF. Precedentes.

VI. **Ressalte-se que, na espécie, foram apreendidos, em poder do paciente, tecnicamente primário, 60,50 g (sessenta gramas e cinquenta centigramas) de cocaína, quantidade que, embora não irrisória, não pode ser considerada como de grande monta.**

VII. **Habeas corpus** não conhecido.

VIII. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva, deferindo, ao paciente, o benefício da liberdade provisória, salvo se por outro motivo estiver preso, sob o compromisso de comparecimento a todos os atos do processo a que for chamado, sem prejuízo da imposição, pelo Juízo de 1.º Grau, de medidas cautelares alternativas, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal, e de decretação de nova custódia cautelar, com base em fundamentação concreta' (STJ, HC 253.071/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, DJe de 04/06/2013).

'CRIMINAL. **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO LEGAL AFASTADA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. GRAVIDADE GENÉRICA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. INEXPRESSIVIDADE. ORDEM CONCEDIDA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

I. O Pleno do STF, por maioria, deferiu o pedido formulado no HC 104.339/SP e declarou a inconstitucionalidade da expressão 'e liberdade provisória', constante do art. 44, caput, da Lei 11.343/2006, determinando que sejam apreciados os requisitos previstos no art. 312 do CPP para que, se for o caso, seja mantida a segregação cautelar.

II. A existência de indícios de autoria e prova da materialidade, bem como o juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito imputado ao paciente, não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, se desvinculados de qualquer fator concreto ensejador da configuração dos requisitos do art. 312 do CPP.

III. A quantidade de entorpecente apreendida (100g de cocaína e 180g de maconha) não se revela substancial a ponto de, por si só, justificar a segregação como forma de garantir a ordem pública.

IV. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator' (STJ, HC 239.105/MS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 20/06/2012).

Por fim, embora tal questão não possa ser deslindada em sede de **habeas corpus**, ela se presta para formar o convencimento a respeito da necessidade da manutenção da prisão preventiva dos pacientes. É que, embora fossem eles, após, denunciados por tráfico de drogas (fls. 49/51e), o relatório do Inquérito Policial afirma não haver indícios de tráfico, indicia os pacientes pelo delito do art. 33, § 3º, da Lei 11.343/2006 – oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem – e sugere a imediata concessão de liberdade dos pacientes, presos desde o flagrante, **in verbis**:

'A conduta de MARCOS FILIPE e GUILHERME que inicialmente poderia se amoldar a (...) do art. 28 da lei de drogas evoluiu para o tipo penal do art. 33, § 3º, daquela lei, pois ofereceram a droga, gratuitamente e de forma eventual a pessoa do relacionamento de um deles, sendo que todos a consumiram em conjunto, inclusive compartilhando do instrumento para auxiliar o seu uso 'cédula de dez reais'.

(...) indicia MARCOS FILIPE FERREIRA e GUILHERME HENRIQUE MARTINS como incurso nas sanções do art. 33, § 3º, da Lei nº 11.343/06.

Pelo exposto, tendo em vista que os autuados permanecem presos desde a lavratura da presente APFD, a Autoridade Policial subscritora SUGERE seja concedido o imediato relaxamento da prisão de MARCOS FILIPE FERREIRA e GUILHERME HENRIQUE MARTINS' (fl. 58e).

Cumprе salientar que, entre os extremos da prisão cautelar e da liberdade provisória, a Lei 12.403, de 04 de junho de 2011, instituiu medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, dando nova redação ao art. 319 do Código de Processo Penal. A partir dos critérios de necessidade e adequação, previstos nos arts. 282, I e II, do CPP, e da proporcionalidade da medida, permite-se ao julgador buscar a medida que seja mais adequada, em face da necessidade do caso concreto, identificando qual cautela de restrição da liberdade é suficiente para assegurar a utilidade e a eficácia do provimento jurisdicional, sem que se tenha de lançar mão da medida drástica do encarceramento.

Verifica-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que as medidas cautelares, previstas nos arts. 317, 319 e 320 do CPP, não são substitutivas à prisão preventiva, mas alternativas. Substitutivas seriam se, cabível a prisão preventiva, o julgador a substituísse por medidas menos gravosas, diferentemente das alternativas, que significam que, ou se admite a prisão preventiva ou se aceitam as medidas cautelares dos arts. 317, 319 e 320 do CPP, acrescidas pela Lei 12.403/2011.

Nesse contexto, ausentes os requisitos da prisão cautelar, resta a possibilidade de se impor medida cautelar diversa do cárcere, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal.

O professor Gustavo Henrique Badaró esclarece que 'as medidas cautelares previstas no art. 319, bem como a medida cautelar estabelecida no art. 320, são medidas cautelares alternativas à prisão preventiva ou prisão em flagrante delito. Não se trata de medidas cautelares substitutivas da prisão. A diferença é fundamental. No caso de medidas substitutivas, a prisão preventiva é concretamente cabível, mas o juiz pode deixar de aplicá-la, substituindo-a por medida menos gravosa, não privativa de liberdade' (Medidas Cautelares no Processo Penal, obra coordenada pelo Ministro Og Fernandes, Ed. RT, 2012, p. 210).

Para a decretação das medidas cautelares alternativas à prisão devem ser preenchidos os pressupostos próprios das cautelares, no processo penal, ou seja, o **fumus commissi delicti** (prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria) e o **periculum libertatis** (necessidade para a aplicação da lei penal, para a investigação criminal ou para a instrução criminal e, no caso das cautelares dos incisos II, VI e VII do art. 319 do CPP, necessidade para se evitar a reiteração criminosa). Porém, diferentemente da prisão preventiva (art. 312 do CPP), elas não estão restritas a parâmetros definidos, exigindo-se, apenas, que as situações sejam menos graves e as medidas restritivas à liberdade de locomoção, em menor grau, sejam adequadas e proporcionais. A nova sistemática das medidas cautelares exige, aliás, que a primeira opção a ser adotada deve ser a das medidas cautelares alternativas à prisão, ficando a medida mais gravosa (prisão) limitada a situações excepcionais (art. 282, § 6º, do CPP).

Desse modo, não conheço do presente **Habeas corpus**, substitutivo de Recurso Ordinário. Concedo, porém, a ordem, de ofício, para revogar a prisão preventiva, deferindo, aos pacientes, o benefício da liberdade provisória, se por outro motivo não estiverem presos, sem prejuízo da imposição, pelo Juízo de 1º Grau, se for o caso, de medidas cautelares alternativas, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal."

Não obstante os judiciosos argumentos lançados pela culta relatora, aos quais se acostaram os componentes da douta maioria, restou esta Ministra vencida no tocante à não concessão da ordem de ofício, com fulcro nos argumentos que seguem.

Penso que não encontra fôlego o intento defensivo. Não se descarta da assertiva no relatório policial de que inexistem sinais do cometimento de tráfico de entorpecentes, restando indiciados os acusados pelo delito previsto no artigo 33, § 3º, da Lei n.º 11.343/06, *verbis*, "oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nem mesmo se ignora a recomendação da autoridade policial pela liberdade dos increpados - proceder que a mim causa espécie, confesso, visto a manifestação pela soltura subsequente à prisão em flagrante.

Entretanto, salta aos olhos a nota de culpa declinar "art. 33, §, *caput*, da Lei n.º 11.343/06" (fl. 58), ou seja, nem mesmo a polícia definiu a conduta típica atribuída, o que afasta, a meu julgo, prematuras considerações sobre a soltura fulcrada nessa seara. Convém pontuar que o *Parquet* culminou por oferecer denúncia imputando aos increpados a conduta de tráfico ilícito de entorpecentes.

Ademais, verifica-se que foi decretada e mantida a custódia cautelar, fundamentalmente, em razão da quantidade de droga, destacando-se a garantia da ordem pública.

Ao que se me afigura, debruçando-me sobre o caso em concreto, a prisão provisória se sustenta, porque nitidamente vinculada à elementos de cautelaridade.

Nunca é demais lembrar que a prisão processual somente pode ser decretada em situações excepcionais, com fulcro em dados concretos. Nesse âmbito, vê-se que a decisão guerreada lastreou-se em elementos extraídos concretamente da conduta em tese perpetrada pelo acusado.

Com efeito, a gravidade concreta foi alinhada como substrato para o encarceramento processual dos ora pacientes, cifrada especialmente na quantidade de entorpecente apreendido na operação policial - 7,6 g (sete gramas e seis centigramas) de cocaína, bem como uma sacola contendo 07 (sete) pedaços de maconha, pesando, ao todo, 91,2g (noventa e um gramas e dois centigramas) - fls. 68/69.

Não se ignora que "ordem pública" é expressão deveras fluida, como lembra 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', 'idiossincrasia 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 jurisprudência desta Casa de Justiça tem-na admitido nas hipóteses em que o *decisum* se funda em elementos concretos dos autos.

Em verdade, outro não é o entendimento desta Corte, que considera a gravidade concreta do delito dado apto a engendrar a cautelaridade para a prisão processual.

Dessarte, estando a manutenção da segregação lastreada em elementos concretos colhidos dos próprios autos, não há imputar qualquer ilegalidade à custódia. Nesse sentido, confirmam-se estes julgados:

"PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO CAUTELAR. ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. APREENSÃO DE SIGNIFICATIVA QUANTIDADE DE DROGA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA.

1. 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.

2. Hipótese em que não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. Na espécie, a custódia cautelar foi decretada com base na na gravidade in concreto dos fatos, cifrada na quantidade de entorpecentes apreendida - um total de 100 (cem) microtubos plásticos contendo cocaína, uma porção de maconha, 37 (trinta e sete) invólucros da substância conhecida como special key e 50 (cinquenta) comprimidos de ecstasy - além de R\$ 312,00 (trezentos e doze reais) em poder do ora recorrente, e outras somas em dinheiro com os demais acusados.

3. Recurso a que se nega provimento."

(RHC 46.547/MG, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2014, DJe 04/08/2014)

"*HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. *MODUS OPERANDI*. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. 3. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. 4.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APLICAÇÃO DE CAUTELARES MENOS GRAVOSAS. IMPOSSIBILIDADE. 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente - a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício -, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. Se a conduta do agente - seja pela gravidade concreta da ação, seja pelo próprio modo de execução do crime - revelar inequívoca periculosidade, imperiosa a manutenção da prisão para a garantia da ordem pública, sendo despicando qualquer outro elemento ou fator externo àquela atividade.

3. Na espécie, a constrição cautelar justifica-se em razão da gravidade concreta do crime, evidenciada pelo *modus operandi* da ação delituosa, tendo em vista que o réu foi apreendido com razoável quantidade de drogas de natureza diversa, sendo uma delas (crack) altamente lesiva e viciadora - a saber, 80 (oitenta) bombinhas de maconha e 25 (vinte e cinco) pedras de crack -, presentes ainda balança de precisão e outros apetrechos usualmente utilizados para a mercancia espúria. Essa conjuntura torna evidente a necessidade de preservação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

4. 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.

5. Presente a necessidade concreta da manutenção da custódia preventiva, a bem do resguardo da ordem pública, as medidas cautelares alternativas à prisão, introduzidas com a Lei n. 12.403/2011, não se mostram suficientes e adequadas à prevenção e repressão do crime de tráfico de drogas, razão pela qual inaplicáveis ao caso em análise.

6. Ordem não conhecida."

(HC 293.117/AL, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2014, DJe 27/06/2014)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ELEVADA QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. MAIS DE 35 QUILOS DE COCAÍNA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

- O juízo de primeiro grau entendeu que restou caracterizada a periculosidade concreta do paciente, tendo em vista a natureza e a elevada quantidade de droga apreendida (mais de 35kg de cocaína), circunstância que evidencia sua nocividade social e justifica a custódia cautelar para garantia da ordem pública.

Ordem não conhecida."

(HC 290.503/MG, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2014, DJe 04/08/2014)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS (ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). SEGREGAÇÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ARGUMENTOS CONCRETOS. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA APREENDIDA. REITERAÇÃO DELITIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

1. Como já é de amplo conhecimento, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência da Suprema Corte e deste Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, previstas na Constituição da República.

2. Entretanto, a impetração de writ substitutivo de recurso ordinário em habeas corpus não impede a concessão de ordem de ofício no caso de flagrante ilegalidade.

3. Jurisprudência firme desta Corte Superior considera idônea a fundamentação que decreta a prisão preventiva com base na natureza e na quantidade de drogas apreendidas, caso esse fato constitua indício suficiente de que o agente faz do tráfico de entorpecentes o seu meio de vida, a revelar receio concreto de reiteração delitiva.

4. Na espécie, a prisão cautelar resta justificada pelo preceito legal da garantia da ordem pública, pois com o Paciente foi encontrada grande quantidade e variedade de substâncias entorpecentes - aproximadamente 43,610g (quarenta e três gramas, seiscentos e dez miligramas) de cocaína, acondicionada em 101 (cento e um) microtubos de plásticos e cerca de 20,280g (vinte gramas e duzentos e oitenta miligramas) de maconha, acondicionada em 20 (vinte) 'trouxinhas', além de uma balança de precisão -, a denotar que se dedicava habitualmente à atividade de traficância.

5. Demais disso, o Paciente possui outras duas condenações por tráfico ilícito de entorpecentes, fatos concretos que revelam a possibilidade de reiteração delitiva, reforçando a necessidade da constrição cautelar, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

6. Ordem de *habeas corpus* não conhecida."

(HC 290.801/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 05/06/2014, DJe 17/06/2014)

Pois bem, com amparo em tais considerações, a despeito do entendimento dos meus pares, que não deixo de homenagear, resigno-me a condição de vencida.

Ante o exposto, sem qualquer desdouro à culta maioria, **não conheço** do *mandamus*, pelas razões supracitadas.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0324569-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 277.998 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10000130452402000 2013011604071001

EM MESA

JULGADO: 12/12/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DIEGO TOLENTINO DRUMOND
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	: MARCOS FILIPE FERREIRA (PRESO)
PACIENTE	: GUILHERME HENRIQUE MARTINS (PRESO)
CORRÉU	: CARLOS EDUARDO SIQUEIRA
CORRÉU	: JOSIANO RODRIGUES DA SILVA

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 de habeas corpus, expedindo, contudo, por maioria, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, vencida, neste ponto, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que não concedia a ordem de ofício.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora quanto ao não conhecimento da ordem de habeas corpus.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora quanto à concessão da ordem de ofício.