



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 240.563 - SP (2012/0084278-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : VALDEMIR BATISTA SANTANA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO RODRIGUES BRANDÃO

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONVERSÃO EM PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. DROGAS E ARMAS. SIGNIFICATIVA QUANTIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO DO *MANDAMUS*.

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. O presente *habeas corpus* foi impetrado indevidamente como substitutivo de recurso ordinário.
2. A prisão provisória é medida odiosa, reservada para os casos de absoluta imprescindibilidade. Demonstrados os pressupostos e requisitos de cautelaridade, não há falar em revogação da prisão preventiva.
3. *In casu*, a prisão está fundamentada na gravidade concreta dos fatos, justificada na existência de significativa quantidade de armas e drogas em local que seria sua residência. Tal situação evidencia o risco à ordem pública, razão pela qual não há flagrante ilegalidade a ser sanada pela via estreita do remédio heróico.
4. *Writ* não conhecido.

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: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 21 de novembro de 2013(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 240.563 - SP (2012/0084278-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : VALDEMIR BATISTA SANTANA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO RODRIGUES BRANDÃO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MARCELO RODRIGUES BRANDÃO, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n.º 0308104-25.2011.8.26.0000).

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante, em 19/11/2011, e denunciado, na data de 13/12/2011, como incurso nos arts. 33, *caput*, e 35, c.c. o art. 40, inciso IV, todos da Lei n.º 11.343/06; e arts. 12 e 16, *caput* e parágrafo único, inciso IV, ambos da Lei n.º 10.826/03. Segundo a denúncia, o paciente e o corréu tinham em depósito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 238 porções de maconha, 285 pedras de *crack* e 355 gramas de cocaína destinadas ao consumo de terceiros; bem como um revólver de calibre 38, Taurus, com seis cartuchos íntegros, e uma espingarda, calibre 12, com cinco cartuchos íntegros.

A autoridade policial representou pela decretação da prisão preventiva do paciente (fl. 39). Posteriormente, o juízo *a quo* decretou a prisão preventiva nos seguintes termos (fls. 213/214):

Vistos.

1. O auto de prisão em flagrante está formalmente em ordem, vez que presentes todos os requisitos legais.

2. Trata-se de prisão pela prática de crime apenado com reclusão (artigo 33, *caput* e § 1º da Lei 11.343/06 e artigo 34 da Lei 10836/03) tendo a autoridade policial representado pela decretação da prisão preventiva de Marcelo Rodrigues e o Ministério Público requerido a conversão em prisão preventiva do indiciado e concordado com a representação realizada pela autoridade policial. Da análise dos autos verifica-se que há prática de delito equiparado a hediondo e estão presentes os requisitos da prisão preventiva previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, não sendo o caso da concessão da liberdade provisória e as cautelares enumeradas nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal não se prestam a acautelar a persecução penal.

3. O indiciado foi detido no Guarujá em poder de **grande quantidade de substância entorpecente (maconha, cocaína e crack) havendo indício da prática de tráfico de entorpecentes e porte ilegal de armas. É certo que o indiciado alegou ser viciado em drogas, porém, atestou que estava 'vigiando' o local a pedido de Marcelo, que seria o dono do**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apartamento, das drogas e das armas encontradas, assim, a princípio demonstrado a associação do indiciado com o suposto dono das drogas. Tal conduta constitui a prática de delito grave e coloca em risco à saúde pública e exige eficiente atuação do Estado visando a garantir a ordem pública, principalmente ante a existência prévia de denúncia anônima que resultou frutífera ante ao encontro de grande quantidade de drogas e de três armas no local. Assim, há indícios suficientes de autoria e de materialidade e ante a prática de crime grave visando a garantia da ordem pública não há possibilidade de colocação do indiciado em liberdade vez que poderia trazer risco à sociedade e comprometer a paz social.

4. E em liberdade poderá o indiciado comprometer a aplicação da lei penal, sendo que não há notícia da existência de residência fixa e emprego fixo.

5. Deste modo, se estivesse solto seria o caso de ser decretada sua prisão preventiva, não sendo o caso de concessão das medidas previstas nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal que pois não se revelam adequadas para acautelar a persecução penal.

6. Assim, em havendo prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, converto a prisão em flagrante de Givaldo Augusto da Silva em prisão preventiva visando acautelar a ordem pública, assegurar a instrução criminal e garantir a aplicação da lei penal.

7. Expeça-se mandado de prisão.

8. Com relação ao pedido de decretação de prisão preventiva de Marcelo, verifica-se que há indícios de autoria e de materialidade vez que os depoimentos prestados demonstram a existência de denúncias anônimas envolvendo tal pessoa, havendo risco para a sociedade a permanência dele em liberdade, principalmente, considerando o encontro das armas e das drogas em local que seria de sua residência. E, também, para garantia da futura aplicação da lei penal há necessidade do decreto de sua prisão vez que apresenta passagem pela prática do artigo 121 do CP. Assim, presentes os requisitos do artigo 312 do CPP, decreto a prisão preventiva de MARCELO RODRIGUES BRANDÃO.

Em 16.12.2011, o juízo de origem manteve a prisão cautelar do paciente (fls. 95/96).

A defesa, insatisfeita, impetrou pedido de *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, que denegou a ordem, em acórdão assim fundamentado (fls. 29/32):

(...)

O paciente está sendo processado por crimes de extrema gravidade (tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico e posse de armas de fogo de uso permitido e restrito), um deles considerado hediondo, e que estão atormentando e deixando em pânico a população, bem como abalando a tranquilidade social, com inegável afronta à ordem pública.

De fato, os elementos constantes dos autos evidenciam a existência de razões sérias e objetivas para a manutenção de sua prisão.

Presentes, portanto, os requisitos para a prisão cautelar (artigo 312 do CPP) - garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal.

Na verdade, a gravidade da conduta e a existência de simples ameaça à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tranquilidade pública justificam a privação cautelar da liberdade individual do paciente, no intuito de obstar a prática de novas infrações.

(...)

Cumprе ressaltar, além disso, que em se tratando de crime grave, nem mesmo a alegação de ser primário, não registrar antecedentes criminais, possuir residência fixa e ocupação lícita ou, ainda, militar o princípio da presunção de inocência, tem o condão, por si só, de conferir ao paciente direito à liberdade provisória.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça já assentou que "condições pessoais favoráveis como primariedade, bons antecedentes e residência fixa no distrito da culpa, não têm o condão de, por si só, garantirem ao paciente a revogação da prisão preventiva, se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar." (5ª Turma, HC nº 48.141 /DF, Rel. Min. Felix Fischer).

Cabe destacar, por oportuno, que a Lei nº 11.464/07, ao retirar a expressão "liberdade provisória" do artigo 2º, II, da Lei nº 8.072/90, limitou-se apenas a alterar o seu texto, pois a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança e não da expressão suprimida. Aliás, a citada alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, permanece vedada aos presos em flagrante.

Também não padece de ilegalidade, nem tampouco de inconstitucionalidade, a r. decisão que deixou de conceder a liberdade provisória ao paciente, porquanto a vedação do artigo 44, da Lei nº 11.343/06, "é razão idônea e suficiente para o indeferimento da benesse, por se tratar de norma especial em relação ao parágrafo único do art. 310, do CPP e à Lei de Crimes Hediondos, com a sua nova redação dada pela Lei 11.464/2007" (STJ -5ª Turma, HC nº 124.535/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 17/03/2009).

Impende frisar que enquanto não declarada a inconstitucionalidade, por eventual violação ao princípio da presunção de inocência e pela via ordinária própria, continua plenamente em vigor o dispositivo legal atacado.

Anoto, outrossim, que os crimes em apreço estão no rol daqueles passíveis de decretação da custódia preventiva, revelando-se insuficientes, frente às graves condutas criminosas em tese perpetradas pelo paciente, quaisquer das medidas cautelares diversas da prisão (artigos 310, II e 313, I, ambos do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 12.403/11).

Ademais, a r. decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva está formalmente em ordem e foi devidamente fundamentada, explicitando com clareza as razões que motivaram o seu convencimento (fls. 96/97), não padecendo de ilegalidade e nem tampouco de inconstitucionalidade.

Inadmissível, sob fundamento algum, a soltura do paciente, porquanto ausente qualquer constrangimento ilegal que deva ser reparado por meio da presente impetração.

Ante o exposto, pelo meu voto, denego a ordem.

Daí o presente *mandamus*, no qual o impetrante alega a ausência de fundamentação concreta da decisão que decretou a prisão preventiva do paciente.

Argumenta que o *decisum* construtivo deve apontar elementos concretos que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

justifiquem a medida excepcional, o que, entretanto, não se vislumbra no caso em apreço.

Sustenta o cabimento de liberdade provisória aos acusados da prática de crimes hediondos ou a eles equiparados, após a entrada em vigor da Lei n.º 11.464/2007.

Cita doutrina e jurisprudência para reforçar sua tese.

Aduz que o increpado possui residência fixa e ocupação lícita.

Requer, liminarmente e no mérito, a revogação da prisão preventiva do paciente, determinando-se a expedição de contramandado de prisão em seu favor.

A liminar foi indeferida às fls. 316/321.

Foram prestadas informações às fls. 325/349 e 374/381.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Moacir Mendes Sousa, pela denegação da ordem.

De acordo com as informações e em consulta ao sítio do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, os autos da ação penal estão em andamento, aguardando a audiência designada para o dia 2/4/2014. Não há notícia de decisão posterior com relação à custódia do paciente.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 240.563 - SP (2012/0084278-0)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONVERSÃO EM PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. DROGAS E ARMAS. SIGNIFICATIVA QUANTIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO DO *MANDAMUS*.

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. O presente *habeas corpus* foi impetrado indevidamente como substitutivo de recurso ordinário.

2. A prisão provisória é medida odiosa, reservada para os casos de absoluta imprescindibilidade. Demonstrados os pressupostos e requisitos de cautelaridade, não há falar em revogação da prisão preventiva.

3. *In casu*, a prisão está fundamentada na gravidade concreta dos fatos, justificada na existência de significativa quantidade de armas e drogas em local que seria sua residência. Tal situação evidencia o risco à ordem pública, razão pela qual não há flagrante ilegalidade a ser sanada pela via estreita do remédio heróico.

4. *Writ* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Preliminarmente, impende registrar 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, indeferi-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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

A questão trazida a deslinde abarca o exame acerca da fundamentação empregada na manutenção da prisão preventiva do paciente.

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.

Cabe ressaltar 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 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 n.º 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)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

In casu, a Juíza estadual procedeu a uma análise dos pressupostos para a decretação da prisão preventiva do paciente, fundamentando concretamente a decisão, invocando para tanto, além da materialidade e autoria do delito, o encontro de expressiva quantidade de armas e drogas em local que seria sua residência, nestes termos:

Vistos.

1. O auto de prisão em flagrante está formalmente em ordem, vez que presentes todos os requisitos legais.

2. Trata-se de prisão pela prática de crime apenado com reclusão (artigo 33, *caput* e § 1º da Lei 11.343/06 e artigo 34 da Lei 10836/03) tendo a autoridade policial representado pela decretação da prisão preventiva de Marcelo Rodrigues e o Ministério Público requerido a conversão em prisão preventiva do indiciado e concordado com a representação realizada pela autoridade policial. Da análise dos autos verifica-se que há prática de delito equiparado a hediondo e estão presentes os requisitos da prisão preventiva previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, não sendo o caso da concessão da liberdade provisória e as cautelares enumeradas nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal não se prestam a acautelar a persecução penal.

3. O indiciado foi detido no Guarujá em poder de **grande quantidade de substância entorpecente (maconha, cocaína e crack) havendo indício da prática de tráfico de entorpecentes e porte ilegal de armas. É certo que o indiciado alegou ser viciado em drogas, porém, atestou que estava 'vigiando' o local a pedido de Marcelo**, que seria o dono do apartamento, das drogas e das armas encontradas, assim, a princípio demonstrado a associação do indiciado com o suposto dono das drogas. Tal conduta constitui a prática de delito grave e coloca em risco à saúde pública e exige eficiente atuação do Estado visando a garantir a ordem pública, principalmente ante a existência prévia de denúncia anônima que resultou frutífera ante ao encontro de grande quantidade de drogas e de três armas no local. Assim, há indícios suficientes de autoria e de materialidade e ante a prática de crime grave visando a garantia da ordem pública não há possibilidade de colocação do indiciado em liberdade vez que poderia trazer risco à sociedade e comprometer a paz social.

4. E em liberdade poderá o indiciado comprometer a aplicação da lei penal, sendo que não há notícia da existência de residência fixa e emprego fixo.

5. Deste modo, se estivesse solto seria o caso de ser decretada sua prisão preventiva, não sendo o caso de concessão das medidas previstas nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal que pois não se revelam adequadas para acautelar a persecução penal.

6. Assim, em havendo prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, converto a prisão em flagrante de Givaldo Augusto da Silva em prisão preventiva visando acautelar a ordem pública, assegurar a instrução criminal e garantir a aplicação da lei penal.

7. Expeça-se mandado de prisão.

8. Com relação ao pedido de decretação de prisão preventiva de Marcelo, verifica-se que há indícios de autoria e de materialidade vez que os depoimentos prestados demonstram a existência de denúncias anônimas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

envolvendo tal pessoa, havendo risco para a sociedade a permanência dele em liberdade, principalmente, considerando o **encontro das armas e das drogas em local que seria de sua residência**. E, também, para garantia da futura aplicação da lei penal há necessidade do decreto de sua prisão vez que apresenta passagem pela prática do artigo 121 do CP. Assim, presentes os requisitos do artigo 312 do CPP, decreto a prisão preventiva de MARCELO RODRIGUES BRANDÃO.

O Tribunal de origem denegou a ordem no prévio *writ*, confirmando a fundamentação concreta esposada pelo Juízo de primeiro grau, em acórdão assim fundamentado no que interessa:

O paciente está sendo processado por crimes de extrema gravidade (tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico e posse de armas de fogo de uso permitido e restrito), um deles considerado hediondo, e que estão atormentando e deixando em pânico a população, bem como abalando a tranqüilidade social, com inegável afronta à ordem pública.

De fato, os elementos constantes dos autos evidenciam a existência de razões sérias e objetivas para a manutenção de sua prisão.

Presentes, portanto, os requisitos para a prisão cautelar (artigo 312 do CPP) - garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal.

Na verdade, a gravidade da conduta e a existência de simples ameaça à tranqüilidade pública justificam a privação cautelar da liberdade individual do paciente, no intuito de obstar a prática de novas infrações.

(...)

Cumprе ressaltar, além disso, que em se tratando de crime grave, nem mesmo a alegação de ser primário, não registrar antecedentes criminais, possuir residência fixa e ocupação lícita ou, ainda, militar o princípio da presunção de inocência, tem o condão, por si só, de conferir ao paciente direito à liberdade provisória.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça já assentou que "condições pessoais favoráveis como primariedade, bons antecedentes e residência fixa no distrito da culpa, não têm o condão de, por si só, garantirem ao paciente a revogação da prisão preventiva, se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar." (5ª Turma, HC nº 48.141 /DF, Rel. Min. Felix Fischer).

Cabe destacar, por oportuno, que a Lei nº 11.464/07, ao retirar a expressão "liberdade provisória" do artigo 2º, II, da Lei nº 8.072/90, limitou-se apenas a alterar o seu texto, pois a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança e não da expressão suprimida. Aliás, a citada alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, permanece vedada aos presos em flagrante.

Também não padece de ilegalidade, nem tampouco de inconstitucionalidade, a r. decisão que deixou de conceder a liberdade provisória ao paciente, porquanto a vedação do artigo 44, da Lei nº 11.343/06, "é razão idônea e suficiente para o indeferimento da benesse, por se tratar de norma especial em relação ao parágrafo único do art. 310, do CPP e à Lei de Crimes Hediondos, com a sua nova redação dada pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lei 11.464/2007" (STJ -5ª Turma, HC nº 124.535/MG, Rei. Min. Laurita Vaz, j. 17/03/2009).

Impende frisar que enquanto não declarada a inconstitucionalidade, por eventual violação ao princípio da presunção de inocência e pela via ordinária própria, continua plenamente em vigor o dispositivo legal atacado.

Anoto, outrossim, que os crimes em apreço estão no rol daqueles passíveis de decretação da custódia preventiva, revelando-se insuficientes, frente às graves condutas criminosas em tese perpetradas pelo paciente, quaisquer das medidas cautelares diversas da prisão (artigos 310, II e 313, I, ambos do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 12.403/11).

Ademais, a r. decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva está formalmente em ordem e foi devidamente fundamentada, explicitando com clareza as razões que motivaram o seu convencimento (fls. 96/97), não padecendo de ilegalidade e nem tampouco de inconstitucionalidade.

Inadmissível, sob fundamento algum, a soltura do paciente, porquanto ausente qualquer constrangimento ilegal que deva ser reparado por meio da presente impetração.

Ante o exposto, pelo meu voto, denego a ordem.

De tudo quanto apontado, não vislumbro ilegalidade na prisão cautelar do paciente, fundada que está na gravidade concreta da conduta delituosa, dada a significativa quantidade de drogas e armas apreendidas - 238 porções de maconha, 285 pedras de *crack* e 355 gramas de cocaína, além de um revólver de calibre 38, Taurus, com seis cartuchos íntegros, e uma espingarda, calibre 12, com cinco cartuchos íntegros -, denotando perigo à paz social. Verifica-se que a manutenção da prisão do paciente foi devidamente fundamentada, calcada na garantia da 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', '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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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, como na espécie em apreço. Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

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 *ependorfs*. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSANTE. IMPROCEDÊNCIA. NECESSIDADE DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEMONSTRADA. MOTIVAÇÃO 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECORRER EM LIBERDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. ELEVADA QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGA APREENDIDA. GRAVIDADE CONCRETA. POTENCIALIDADE 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, verifica-se, claramente, de acordo a com vasta jurisprudência desta Corte, a concreta afetação da ordem pública, haja vista a significativa quantidade de drogas, armas e munições apreendidas em local que seria a residência do paciente.

Tem-se, por conseguinte, que a impetração substitutiva não comporta a extraordinária cognição.

Ante o exposto, **não conheço** do *mandamus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0084278-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 240.563 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 3081042520118260000 8862011

EM MESA

JULGADO: 21/11/2013

Relatora

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

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 : VALDEMIR BATISTA SANTANA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO RODRIGUES BRANDÃO
CORRÉU : GIVALDO PAULO 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 habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.