



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.798 - SP (2014/0243343-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : MARCELO LUIZ BORRASCA FELISBERTO
ADVOGADO : MARCELO LUIZ BORRASCA FELISBERTO - SP250160
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ DEFAVARI NETO (PRESO)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.
3. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que a quantidade, a natureza ou a diversidade dos entorpecentes apreendidos podem servir de fundamento ao decreto de prisão preventiva.
4. No caso dos autos, com o paciente foram apreendidos 12 porções de maconha (44,2g), 17 porções de cocaína (11g) e 28 porções da mesma droga, na forma de *crack* (11g), quantidade que, aliada às circunstâncias em que se deu o flagrante, justifica seu encarceramento cautelar, para garantia da ordem pública.
5. No que tange ao argumento da defesa acerca da nulidade do processo em razão do Ministério Público não ter se manifestado no momento da decretação da prisão preventiva, pode o Magistrado converter a prisão em flagrante em preventiva assim que receber o auto de prisão em flagrante, desde que presentes, como no caso, os pressupostos autorizadores da custódia cautelar, inexistindo, em tal hipótese, a alegada exigência de que haja prévia manifestação do Ministério Público.
6. Condições pessoais favoráveis não são suficientes para assegurar a revogação da prisão preventiva ou a substituição por medidas cautelares diversas da prisão.
7. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de setembro de 2016(data do julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.798 - SP (2014/0243343-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : MARCELO LUIZ BORRASCA FELISBERTO
ADVOGADO : MARCELO LUIZ BORRASCA FELISBERTO - SP250160
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ DEFAVARI NETO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de **LUIZ DEFAVARI NETO** contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Colhe-se dos autos que o paciente, denunciado por infração ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, teve sua prisão em flagrante convertida em prisão preventiva.

Indeferida a liberdade provisória, a defesa impetrou *writ* perante Tribunal de Justiça de São Paulo, que denegou a ordem (e-STJ, fls.12-15).

Neste *habeas corpus*, o impetrante sustenta, em síntese, que: a) o decreto prisional carece de fundamentação idônea, pois o "magistrado reserva-se apenas a citar um breve resumo das provas indiciárias, sem, no entanto, relacioná-la à necessidade da manutenção da custódia cautelar do paciente, de acordo com os ditames previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, os quais no caso em comento não existem"; b) o processo-crime é nulo por não ter o Ministério Público se manifestado quando da decretação da custódia cautelar; c) o "paciente é tecnicamente primário e de bons antecedentes"; d) Foi apreendida "pequena quantidade de entorpecentes"; e) não há "notícias de seu envolvimento com organizações criminais" (e-STJ, fls. 1-11).

Pleiteia a revogação da prisão preventiva, "possibilitando ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória" (e-STJ, fl. 11).

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ, fls. 55-57).

Informações às fls. 65-102 (e-STJ).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da ordem (e-STJ, fls. 106-114).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.798 - SP (2014/0243343-1)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : MARCELO LUIZ BORRASCA FELISBERTO
ADVOGADO : MARCELO LUIZ BORRASCA FELISBERTO - SP250160
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ DEFAVARI NETO (PRESO)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.
3. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que a quantidade, a natureza ou a diversidade dos entorpecentes apreendidos podem servir de fundamento ao decreto de prisão preventiva.
4. No caso dos autos, com o paciente foram apreendidos 12 porções de maconha (44,2g), 17 porções de cocaína (11g) e 28 porções da mesma droga, na forma de *crack* (11g), quantidade que, aliada às circunstâncias em que se deu o flagrante, justifica seu encarceramento cautelar, para garantia da ordem pública.
5. No que tange ao argumento da defesa acerca da nulidade do processo em razão do Ministério Público não ter se manifestado no momento da decretação da prisão preventiva, pode o Magistrado converter a prisão em flagrante em preventiva assim que receber o auto de prisão em flagrante, desde que presentes, como no caso, os pressupostos autorizadores da custódia cautelar, inexistindo, em tal hipótese, a alegada exigência de que haja prévia manifestação do Ministério Público.
6. Condições pessoais favoráveis não são suficientes para assegurar a revogação da prisão preventiva ou a substituição por medidas cautelares diversas da prisão.
7. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

No caso, não se observa flagrante ilegalidade a justificar a concessão de *habeas corpus*, de ofício.

Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

No caso dos autos, o paciente teve sua custódia preventiva decretada pelos seguintes fundamentos:

"Consta que dois indivíduos no interior de um veículo Toyota Hilux empreenderam fuga quando da tentativa de abordagem por policiais militares em patrulhamento de rotina. Ao abandonarem o veículo, aquele que estaria na condução do mesmo e que foi contido, acabou por dispensar uma sacola plástica, que fora recuperada, em cujo interior haviam do/e "trouxas" de maconha, dezessete eppendorfs de cocaína e vinte e oito pedras de crack. Em seguida, com o auxílio de um cão farejador, localizou-se em um compartimento daquele veículo mais quatro eppendorfs de cocaína, tendo sido também apreendido em poder do indiciado dois aparelhos celulares com a quantia de R\$ 45,00 (quarenta e cinco) reais em dinheiro.

Realizada pesquisa da placa do veículo conduzido pelo indiciado, constatou-se que a mesma seria de outro conduzido, tratando-se de produto de roubo no estado do Paraná. O outro indivíduo conseguiu evadir-se do local sem ser identificado. Indagado acerca da droga apreendida e do veículo, o indiciado nada disse a respeito, seguindo-se a prisão em flagrante.

As circunstâncias expostas trazem sérios indícios da prática do delito previsto no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06.

Encontra-se comprovada a materialidade do delito, em razão da apreensão de entorpecente, estando presente o *fumus commissi delicti*, requisito exigido para a imposição da segregação cautelar.

E também se apresenta inegável o *periculum libertatis*, a demandar a medida extrema, como garantia da ordem pública, que se traduz na tutela dos superiores bens jurídicos protegidos que buscam, em última análise, a tranquilidade do meio social, constituindo-se em dever do Estado" (e-STJ, fls. 30-32).

Colhe-se, ainda, do acórdão impugnado:

"[...]

O paciente foi preso em flagrante e está sendo processado pela suposta prática de tráfico ilícito de entorpecentes porque em 17 de junho de 2014, trazia consigo, em tese, para fins de entrega a terceiros, 12 porções de maconha (44,2g), 17 porções de cocaína (11g) e 28 porções da mesma droga, na forma de crack (11g), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

É, de fato, caso de denegação da ordem. Pelas cópias juntadas, verifica-se haver, nos autos, prova da materialidade do delito e indícios de autoria.

A prisão em flagrante foi convolada em preventiva, e esta foi posteriormente mantida, em decisões fundamentadas, com vistas à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preservação da ordem pública, tendo sido considerada a perturbação social gerada pelo delito em tela e os inúmeros delitos contra a vida e o patrimônio relacionados ao tráfico de entorpecentes" (e-STJ, fls. 12-15).

Conforme consignado pelas instâncias ordinárias, com o paciente foram apreendidos 12 porções de maconha (44,2g), 17 porções de cocaína (11g) e 28 porções da mesma droga, na forma de *crack* (11g), quantidade que, aliada às circunstâncias em que se deu o flagrante, justifica seu encarceramento cautelar, para garantia da ordem pública.

Isso porque o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que a quantidade, a natureza ou a diversidade dos entorpecentes apreendidos podem servir de fundamento ao decreto de prisão preventiva.

Sobre o tema, os seguintes precedentes:

"RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. RISCO AO MEIO SOCIAL. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. INAPLICABILIDADE DE MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos do previsto no art. 319 do CPP.

2. No caso dos autos, a prisão preventiva foi adequadamente motivada, tendo sido demonstrada, com base em elementos concretos, a periculosidade da recorrente e a gravidade do delito, evidenciadas pela quantidade de droga e utensílios apreendidos - cerca de 274 gramas de maconha e balanças de precisão, embalagens plásticas e um aparelho selador utilizado para lacrar as embalagens, bem como R\$ 821,00 (oitocentos e vinte e um reais) em dinheiro -, o que demonstra risco ao meio social, recomendando a sua custódia cautelar para garantia da ordem pública.

3. A presença de condições pessoais favoráveis do agente, como primariedade, domicílio certo e emprego lícito, não representa óbice, por si só, à decretação da prisão preventiva, quando identificados os requisitos legais da cautela.

4. São inaplicáveis quaisquer medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do CPP, uma vez que as circunstâncias do delito evidenciam a insuficiência das providências menos gravosas.

Recurso em *habeas corpus* desprovido."

(RHC 71.822/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 29/06/2016.)

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DELITO. QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. PARECER ACOLHIDO.

1. Tanto a quantidade como a variedade e a natureza das drogas apreendidas servem de justificativa para a prisão cautelar para a garantia da ordem pública, por revelar a gravidade concreta da ação.

2. Ordem denegada."

(HC 324.676/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe de 04/08/2015.)

No que tange ao argumento da defesa acerca da nulidade do processo em razão de o Ministério Público não ter se manifestado no momento da decretação da prisão preventiva, o Tribunal de origem justificou corretamente acerca da ausência de nulidade:

"Observo que, de acordo com o disposto no art. 310, II, c.c. art. 312, ambos do CPP (na nova redação, dada pela Lei 11.340/11), pode o Magistrado a converter a prisão em flagrante em preventiva assim que receber o auto de prisão em flagrante, desde que presentes, como no caso, os pressupostos autorizadores da custódia cautelar, inexistindo, em tal hipótese, a alegada exigência de que haja prévia manifestação do parquet" (e-STJ, fl. 15).

A propósito, precedente desta Corte nesse mesmo sentido:

"[...]

ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO PELO JUÍZO SINGULAR. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DE PARTE DO ART. 311 DO CPP. QUESTÃO NÃO DEBATIDA PELA CORTE ORIGINÁRIA. INCOMPETÊNCIA DESTE STJ E SUPRESSÃO. AVENTADA NULIDADE DA SEGREGAÇÃO POR AUSÊNCIA DE PRÉVIA PROVOCAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO OU DA AUTORIDADE POLICIAL. INOCORRÊNCIA. COAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. PRECEDENTES DESTE STJ. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. NEGATIVA DE RECORRER EM LIBERDADE. EVENTUAL ILEGALIDADE SUPERADA. REGIME SEMIABERTO. COMPATIBILIZAÇÃO DA CUSTÓDIA COM O MODO DE EXECUÇÃO FIXADO NO ÉDITO REPRESSIVO. RECLAMO EM PARTE CONHECIDO E NESSE PONTO IMPROVIDO. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

1. Inviável conhecer do reclamo quando sustenta a inconstitucionalidade do art. 311 do CPP no ponto em que permite ao magistrado que decrete a prisão preventiva de ofício, visto que tal questão não foi objeto de exame pelo Tribunal impetrado nos arestos impugnados, impedindo o seu exame diretamente por esta Corte Superior, dada a sua incompetência para tanto e sob pena de incidir-se em indevida supressão de instância.

2. Não é nula a decisão do Juízo singular que, de ofício, converte a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos e fundamentos para a medida extrema, mesmo sem prévia provocação/manifestação do Ministério Público ou da autoridade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

policial. Exegese do art. 310, II, do CPP. Precedentes deste STJ.

3. Ademais, eventual ilegalidade do decreto primevo encontra-se superada, tendo em vista a superveniência de novo título a embasar a custódia cautelar, qual seja, a sentença condenatória, oportunidade em que foi negado ao apenado o direito de recorrer em liberdade.

4. Verificado que ao recorrente foi imposto o regime inicial semiaberto de cumprimento da pena, faz-se necessário compatibilizar a custódia cautelar com o modo de execução determinado na sentença condenatória, sob pena de estar-se impondo ao apenado regime mais gravoso de segregação tão somente pelo fato de ter optado pela interposição de recurso.

5. Recurso ordinário em parte conhecido e, nessa extensão, improvido, concedendo-se, contudo, habeas corpus de ofício apenas para determinar que o recorrente aguarde o julgamento de eventual recurso em estabelecimento adequado ao regime fixado na condenação."

(RHC 43.196/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/05/2014, REPDJe 04/06/2014, DJe 15/05/2014, grifou-se.)

Ademais, o fato de o paciente possuir condições pessoais favoráveis, por si só, não impede a decretação de sua prisão preventiva (HC 297.256/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 03/12/2014; RHC 44.212/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 10/03/2014).

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0243343-1

HC 304.798 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00069730820148260510 20140000581517 2014000684 21185191220148260000 6842014
69730820148260510

EM MESA

JULGADO: 27/09/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCELO LUIZ BORRASCA FELISBERTO
ADVOGADO : MARCELO LUIZ BORRASCA FELISBERTO - SP250160
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ DEFAVARI NETO (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.