



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.054 - SP (2015/0168228-8)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RODRIGO AUGUSTO COSTA DE OLIVEIRA SANTOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JADSON RODRIGUES DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETO CONSTRITIVO FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NATUREZA E VARIEDADE DAS DROGAS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede *habeas corpus* de ofício.

2. A teor do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada quando presentes o *fumus commissi delicti*, consubstanciado na prova da materialidade e na existência de indícios de autoria, bem como o *periculum libertatis*, fundado no risco de que o agente, em liberdade, possa criar à ordem pública/econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

3. No caso, a decisão do magistrado de primeiro grau encontra-se fundamentada, entre outras justificativas, na garantia da ordem pública, em face da natureza e da variedade das drogas apreendidas — cocaína, crack e maconha —, o que demonstra a gravidade da conduta perpetrada e a periculosidade social da agente.

4. *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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 20 de outubro de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.054 - SP (2015/0168228-8)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de JADSON RODRIGUES DA SILVA, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi preso em flagrante pela suposta prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. A prisão foi convertida em preventiva.

Pugnando pela revogação da custódia cautelar, foi impetrado prévio *writ*, cuja ordem foi denegada.

No presente *habeas corpus*, alega a impetrante que tanto o decreto preventivo quanto o acórdão *a quo* basearam-se exclusivamente na gravidade abstrata da conduta.

Ressalta que o réu primário, possui bons antecedentes e residência fixa, tendo sido flagrado com 8,8 gramas de maconha e 6,1 gramas de cocaína e *crack*.

Pugna, liminarmente e no mérito, pela liberdade provisória do paciente, com a expedição de alvará de soltura.

Liminar indeferida pela em. Ministra Laurita Vaz, Vice-Presidente desta Corte no exercício da Presidência (fls. 34/35).

Informações prestadas (fls. 50/96).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 102/109).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.054 - SP (2015/0168228-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

A teor do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada quando presentes o *fumus comissi delicti*, consubstanciado na prova da materialidade e na existência de indícios de autoria, bem como o *periculum libertatis*, fundado no risco que o agente, em liberdade, possa criar à ordem pública/econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

Ademais, segundo reiterada jurisprudência desta Corte de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a prisão cautelar, por constituir medida de caráter excepcional, somente deve ser imposta, ou mantida, quando demonstrada concretamente a sua necessidade, não bastando a mera alusão genérica à gravidade do delito.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO ABSTRATA. ILEGALIDADE MANIFESTA.

1. Não é cabível a utilização do habeas corpus como substitutivo do recurso adequado.
2. A prisão preventiva constitui medida excepcional ao princípio da não culpabilidade, cabível, mediante decisão devidamente fundamentada, quando evidenciada a existência de circunstâncias que demonstrem a necessidade da providência extrema, nos termos dos arts. 312 e seguintes do Código de Processo Penal.
3. Na decisão que converteu o flagrante em prisão preventiva, o julgador de primeira instância não indicou nenhum elemento concreto capaz de implicar risco à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal. Ao contrário do que se exige para a manutenção da medida extrema, o magistrado limitou-se a narrar os fatos supostamente criminosos. (...)
4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para revogar a prisão preventiva. (HC 296543/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 13/10/2014.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. CUSTÓDIA ANTECIPADA BASEADA NA GRAVIDADE DOS FATOS CRIMINOSOS E NA NECESSIDADE DE SE COIBIR A PRÁTICA DE TAL TIPO DE INFRAÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONCRETA DA ORDEM CONSTRITIVA À LUZ DO ART. 312 DO CPP. PACIENTE PRIMÁRIO E SEM ANTECEDENTES CRIMINAIS. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA. LIMINAR DEFERIDA. CONFIRMAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Para que a prisão cautelar, que é medida de exceção, subsista, não basta que se indiquem abstratamente as hipóteses do art. 312 do CPP, devendo-se apontar os fatores concretos que levaram à sua decretação.

2. Há constrangimento ilegal quando a preventiva encontra-se fundada na gravidade dos fatos criminosos denunciados, isso com base na própria conduta denunciada, dissociada de qualquer elemento concreto e individualizado que indicasse a indispensabilidade da prisão cautelar à luz do art. 312 do CPP.

(...) (HC 262266/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 27/08/2013)

No caso, o paciente foi preso em flagrante pela suposta prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, sendo a custódia convertida em prisão preventiva, nos termos do art. 312 do CPP, pelos seguintes fundamentos (fls. 15/16):

[...]

No mais, anoto que para o crime imputado ao indiciado é inconteste a necessidade da prisão cautelar. Isto porque a quantidade e a forma de acondicionamento das drogas apreendidas são compatíveis com a prática da mercancia. Há nos autos laudo de constatação com resultado positivo para cocaína e maconha (fls. 18/19). Existem, portanto, indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do crime.

Trata-se de crime grave, apenado com reclusão de 5 a 15 anos, equiparado a hediondo, inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. O tratamento rigoroso recebido do legislador decorre do fato de que o crime de tráfico de drogas, embora não seja praticado com violência ou grave ameaça contra a pessoa, produz consequências gravíssimas para a sociedade, distribuindo entorpecentes que causam dependência química e sérios problemas de saúde física e mental e que acabam por destruir famílias em razão do desequilíbrio emocional de um ente viciado. Além disso, serve como fonte de recursos para organizações criminosas e mola propulsora para o aumento da criminalidade, arrastando os dependentes para a prática de crimes, seja em razão da necessidade de obtenção de recursos para o sustento do vício, seja por conta da exacerbação da agressividade provocada pelo uso das drogas.

A gravidade concreta da conduta, estampada na apreensão de duas espécies de drogas das mais vendidas (cocaína, *crack* e maconha), impõe atuação pronta e severa do Estado, justificando a decretação da custódia cautelar com vistas à garantia da ordem pública. É bom lembrar que a Constituição Federal também prevê como princípios fundamentais os direitos à vida, à segurança e à propriedade, que, em casos como o presente, devem sobrepor-se ao princípio da presunção de inocência.

[...]

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do *habeas corpus* originário, assim entendeu (fls. 9/14):

É que o direito de aguardar em liberdade o julgamento da ação penal, ao contrário de direito subjetivo do paciente, traduz-se em mera faculdade deixada ao prudente critério do Juiz, que diante das circunstâncias que cercam o caso e a necessidade da garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, fundamentadamente, possa manter sua custódia cautelar.

Cabe referir que o mesmo paciente foi denunciado pela prática de delito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

gravíssimo (tráfico de entorpecente), considerado hediondo, crime que traz consequências sociais irreparáveis, sendo fonte geradora de crimes violentos, daí porque, a sua custódia cautelar não ofende nem mesmo o princípio da presunção de inocência, uma vez que a própria Constituição Federal a admite, ao permitir a possibilidade de prisão em flagrante ou por ordem devidamente fundamentada.

Não há se cogitar em aplicação de medida cautelar diversa da prisão. Isto porque, a nova Lei nº 12.403/11, ainda que de forma excepcional, prevê a possibilidade da decretação da prisão preventiva para os crimes dolosos com o máximo de pena privativa de liberdade superior a 4 anos, o que engloba o crime em questão. Portanto, considerando-se que a situação processual do paciente admite o decreto preventivo, não era mesmo razoável a adoção de medida cautelar diferente da prisão. Aliás, medida diversa da prisão seria claramente insuficiente e geraria sentimento de odiosa impunidade, ainda mais em se tratando de crime tão nefasto.

É de se ressaltar que ao tratar do comércio ilícito de entorpecentes, o legislador introduziu diversas alterações através da lei n.º 11.343/06: descriminalizou o uso; exacerbou penas em alguns casos;

permitiu a redução delas em outros; alterou o rito procedimental. E, também, vedou, às expressas, em seu art. 44, *caput*, a concessão de liberdade provisória no caso das figuras de tráfico previstas nos arts. 33, "caput" e § 1º, 34 e 37. Não se nega que, em relação a este último item, o E. Supremo Tribunal Federal modificou entendimento anterior, firmando a posição que a vedação da liberdade provisória no caso de tráfico de entorpecentes é inconstitucional. Entretanto, ao contrário do que apressadamente concluíram alguns intérpretes, ávidos do afrouxamento das leis penas, este liberal entendimento não torna obrigatório o benefício, nem vincula o Juiz que, verificando presentes os requisitos da prisão preventiva, poderá, dentro de sua discricionariedade, decretá-la, por óbvio de forma fundamentada.

Cumprido considerar, inicialmente, que a gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas não serve de fundamento para a negativa do benefício da liberdade provisória, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 pelo Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, forçoso convir que a decisão do magistrado de primeiro grau, convalidada pelo Tribunal *a quo*, encontra-se fundamentada, entre outras justificativas, na garantia da ordem pública, em face da natureza e da variedade das drogas apreendidas — cocaína, crack e maconha —, o que demonstra a gravidade da conduta perpetrada e a periculosidade social da agente.

Registre-se, ainda, que as condições subjetivas favoráveis do paciente, caso comprovadas, não obstam a segregação cautelar quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva.

Nesse sentido, colho os seguintes precedentes:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DO CRIME. REITERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO.

1. Admite-se, excepcionalmente, a segregação cautelar do agente, antes da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenação definitiva, nas hipóteses previstas no art. 312 do Código de Processo Penal.

2. No presente caso, a prisão preventiva está devidamente justificada, em razão dos antecedentes criminais do paciente e das circunstâncias concretas do crime - o recorrente foi preso em flagrante com 11 (onze) papérolas de cocaína e outros 5 (cinco) de maconha, os quais estavam em condições propícias a serem comercializados, devido às formas de embalagem, além da quantia de R\$ 180,00 (cento e oitenta reais) - fatores que demonstram a necessidade da prisão preventiva para a garantia da ordem pública.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, as condições pessoais favoráveis, como primariedade, residência fixa e trabalho lícito não são suficientes para assegurar a liberdade, quando há elementos concretos a justificar a prisão cautelar.

4. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento. (RHC 52.448/MS, Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME - Desembargador Convocado do TJ/SP, QUINTA TURMA, DJe 12/12/2014).

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO COM BASE EM ELEMENTOS CONCRETOS DO CASO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

1. A prisão preventiva constitui medida excepcional ao princípio da não culpabilidade, cabível, mediante decisão devidamente fundamentada e com base em dados concretos, quando evidenciada a existência de circunstâncias que demonstrem a necessidade da medida extrema, nos termos dos arts. 312 e seguintes do Código de Processo Penal.

2. Na espécie, as instâncias ordinárias, ao manterem a segregação cautelar do recorrente em razão da garantia da ordem pública, fizeram-no apoiadas em sua periculosidade social, revelada pela quantidade e variedade de droga apreendida, aliada ao fato de ter sido encontrada uma arma de fogo municiada em seu poder.

3. Eventuais condições pessoais favoráveis do recorrente não possuem o condão de, por si sós, conduzir à revogação da prisão preventiva.

4. Recurso em habeas corpus improvido. (RHC 38.745/GO, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 19/12/2013).

Diante do exposto, NÃO CONHEÇO do presente *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0168228-8

HC 330.054 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00028018720158260348 20150000482483 20583684620158260000 28018720158260348

EM MESA

JULGADO: 20/10/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: RODRIGO AUGUSTO COSTA DE OLIVEIRA SANTOS
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JADSON RODRIGUES DA SILVA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Liberdade Provisória

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.