



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 354.092 - SP (2016/0103132-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : MARCELO JACOB
ADVOGADO : MARCELO JACOB E OUTRO(S) - SP168058
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBSON CLEBER RODRIGUES DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA. ART. 44 DA LEI N. 11.343/2006. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF. POSSIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. CIRCUNSTÂNCIAS DO FLAGRANTE. 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. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da expressão "e liberdade provisória", constante do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, determinando a apreciação dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, para que, se o caso, seja decretada a medida excepcional.

3. 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.

4. No caso dos autos, a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido (313,18g de cocaína), aliada às circunstâncias do flagrante, justificam o encarceramento cautelar do paciente, para garantia da ordem pública, consoante pacífico entendimento desta Corte.

5. O fato de possuir condições pessoais favoráveis, por si só, não impede a decretação da prisão preventiva.

6. É "indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando esta encontra-se justificada na gravidade concreta do delito e na periculosidade social do réu, indicando que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública" (HC 315.151/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/4/2015, DJe de 25/5/2015; HC 323.026/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 1º/9/2015, DJe 17/9/2015).

7. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 07 de dezembro de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 354.092 - SP (2016/0103132-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : MARCELO JACOB
ADVOGADO : MARCELO JACOB E OUTRO(S) - SP168058
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBSON CLEBER RODRIGUES DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **ROBSON CLEBER RODRIGUES DOS SANTOS**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante em 30/7/2015 pela suposta prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, sendo-lhe deferida liberdade provisória (e-STJ, fls. 83-84).

Interposto recurso em sentido estrito pelo *Parquet* Estadual, o Tribunal de origem deu-lhe provimento para decretar a prisão preventiva do paciente, nos termos da seguinte ementa:

"EMENTA: Recurso em sentido estrito. Crime de tráfico de entorpecentes - Insurgência contra a r. decisão que concedeu a liberdade provisória. Recurso ministerial pleiteando o restabelecimento da prisão. Admissibilidade - Cabível a custódia cautelar, em consonância com os arts. 282, II, e 312 do CPP. Crime concretamente grave, mercê de suas circunstâncias, inclusive a natureza e a quantidade da droga apreendida - Crime de tráfico, ademais, equiparado aos hediondos - Vedação expressa do benefício pelo artigo 44 da Lei n. 11.343/06 - Norma legal essa com fundamento de validade no artigo 5º, inciso XLIII, da Carta Constitucional de 1988. Definidor da inafiançabilidade do crime em questão - declaração de inconstitucionalidade que não tem influxo sobre os casos em geral, máxime em se considerando que se deu no controle difuso, valendo apenas *inter partes*, enquanto não operado o mecanismo previsto no artigo 52, X, da CF - Não derrogação, ademais, do artigo 44 da Lei n. 11.343/06 pela Lei 11.464/07, mercê do princípio da especialidade - Descabimento, por inadequação, de qualquer das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 12.403, de 2011, mormente em face da norma inscrita no artigo 282, inciso II, do mesmo Código. Recurso provido." (e-STJ, fl. 19).

Alega o impetrante, em síntese, a ausência de fundamentação idônea para a decretação da custódia cautelar do paciente, pois baseada única e exclusivamente no art. 44 da Lei de Drogas e na gravidade abstrata do delito.

Requer, inclusive liminarmente, a concessão da ordem para que seja deferida liberdade provisória, a fim de que o paciente possa responder ao processo em liberdade.

Pedido de liminar indeferido.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 112-115).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 354.092 - SP (2016/0103132-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : MARCELO JACOB
ADVOGADO : MARCELO JACOB E OUTRO(S) - SP168058
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBSON CLEBER RODRIGUES DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA. ART. 44 DA LEI N. 11.343/2006. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF. POSSIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. CIRCUNSTÂNCIAS DO FLAGRANTE. 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. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da expressão "e liberdade provisória", constante do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, determinando a apreciação dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, para que, se o caso, seja decretada a medida excepcional.
3. 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.
4. No caso dos autos, a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido (313,18g de cocaína), aliada às circunstâncias do flagrante, justificam o encarceramento cautelar do paciente, para garantia da ordem pública, consoante pacífico entendimento desta Corte.
5. O fato de possuir condições pessoais favoráveis, por si só, não impede a decretação da prisão preventiva.
6. É "indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando esta encontra-se justificada na gravidade concreta do delito e na periculosidade social do réu, indicando que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública" (HC 315.151/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/4/2015, DJe de 25/5/2015; HC 323.026/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 1º/9/2015, DJe 17/9/2015).
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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Passo a análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *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 a prisão preventiva decretada pelos seguintes fundamentos:

"Esses dados, que emergem dos autos da investigação policial, constituíam mesmo indícios suficientes da autoria atribuída ao recorrido, de sorte a autorizar perfeitamente a apuração do crime de tráfico de substâncias entorpecentes. Demonstrada, pois, a presença do *fumus commissi delicti*.

Por outro lado, afigura-se evidenciado também o *periculum libertatis*.

Com efeito, da grande quantidade (308,37g. de cocaína) e natureza da droga apreendida, dotada de elevado poder viciante, aflora a gravidade in concreto do delito, ainda que não caracterizado por violência no sentido estrito do vocábulo, revelando a aparente periculosidade do agente, irrelevante se primário e sem antecedentes, de modo a denotar que se faz necessária a decretação de sua custódia cautelar, máxime para a garantia da ordem pública.

Ademais, vale lembrar que o crime imputado ao recorrido, além de assemelhado aos hediondos, não admite o benefício da liberdade provisória, mormente porque vedado às expressas pelo legislador no artigo 44 da Lei nº 11.343/06, cuja validade e eficácia ainda subsistem hígidas, como se verá.

Outrossim, cumpre não se olvidar que, a despeito de a nova sistemática conferida aos crimes hediondos, com a promulgação da Lei nº 11.464/07, ter suprimido do parágrafo 1º da Lei nº 8.072/90 a expressão "liberdade provisória", não derogou o artigo 44 da Lei nº 11.343/06, mormente porque esta é especial em relação aos citados diplomas legislativos, na medida em que trata especificamente do tráfico de entorpecentes. Ademais, tal supressão é meramente textual, sem modificação da norma proibitiva da liberdade provisória, que decorre da inafiançabilidade do crime de tráfico de entorpecentes (art. 5º, XLIII, CF).

Impende anotar, por óbvio, que a vedação do benefício perseguido apresenta-se inscrita em norma infraconstitucional, que não se há de tachar de isolada, desamparada ou destituída de validade e eficácia dentro do ordenamento jurídico brasileiro, mormente em se considerando que encontra seu fundamento de validade - na exata concepção kelseniana¹ -, na norma insculpida no artigo 5º, inciso XLIII, da Carta Constitucional de 1988.

[...]

Cabe ressaltar, ainda, que a declaração de inconstitucionalidade da norma vedatória da liberdade provisória aos agentes do tráfico de drogas, proclamada pela Suprema Corte, não tem influxo sobre os casos em geral, mormente em se considerando que se deu no controle difuso, valendo apenas inter partes, enquanto não acionado o mecanismo previsto no artigo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

52, inciso X, da Constituição Federal. Portanto, como não publicada ainda a correspondente resolução por parte do Senado Federal, pode-se afirmar que a norma infraconstitucional em questão ainda conserva a sua validade e eficácia, tornando-se, pois, perfeitamente aplicável.

[...]

Destarte, respeitado o entendimento do douto Magistrado a quo, exsurge imperioso o provimento do recurso ministerial para reformar o r. decisum objurgado e decretar a custódia cautelar do recorrido, máxime porque estão presentes os seus pressupostos." (e-STJ, fls. 21-26).

Consta no auto de prisão em flagrante, lavrado em 30/6/2015, que o paciente tinha em depósito em sua residência 313,18g (trezentos e treze gramas e dezoito centigramas) de cocaína, além de 11.000,00 (onze mil reais em dinheiro) (e-STJ, fls. 55-60).

Como se se vê, o acórdão impugnado decretou a prisão preventiva do paciente, para a garantia da ordem pública, sob dois fundamentos: a) em razão da grande quantidade e natureza da droga apreendida; b) em face da vedação à liberdade provisória expressa no art. 44 da Lei de Drogas.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da expressão "e liberdade provisória", constante do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, determinando a apreciação dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, para que, se o caso, seja decretada a medida excepcional. Assim, a gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas e sua hediondez não prestam, por si só, de fundamento apto a negar o benefício da liberdade provisória.

Por outro lado, a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido, aliada às circunstâncias do flagrante, justificam o encarceramento cautelar do paciente, para garantia da ordem pública, consoante pacífico entendimento desta Corte.

Sobre o tema, os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE INIDONEIDADE DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. DECRETO FUNDAMENTADO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. QUANTIDADE DE DROGAS. RÉU FORAGIDO. PRISÃO DOMICILIAR. CUIDADO ESPECIAL A MENOR DE IDADE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

I - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu *jus libertatis* antes da execução (provisória ou definitiva) da pena. É por isso que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, *ex vi* do artigo 312 do Código de Processo Penal (precedentes).

II - No caso, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, aptos a justificar a necessidade de garantia da ordem pública, notadamente se considerada a grande quantidade de drogas apreendidas (1 tijolo grande de maconha, com cerca de 288 gramas, 7 porções de maconha menores, embaladas individualmente, pesando aproximadamente 48 gramas e 1 "paranga" de maconha, com aproximadamente 1,05 gramas, bem como uma balança de bolso) (precedentes).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III - Ademais, mostra-se necessária a segregação cautelar pela conveniência da instrução criminal, bem como da aplicação da lei penal, uma vez que o ora recorrente empreendeu fuga, encontrando-se foragido desde 24/11/2014 (precedentes).

[...]

V - Condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, 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, o que ocorre na hipótese.

VI - Não é cabível a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão, *in casu*, haja vista estarem presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, consoante determina o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal.

Recurso ordinário desprovido."

(RHC 72.117/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016);

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES . REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. EXISTÊNCIA DE CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS NÃO IMPEDE A DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

- A custódia cautelar possui natureza excepcional, somente sendo possível sua imposição ou manutenção quando demonstrado, em decisão devidamente motivada, o preenchimento dos pressupostos previstos no art. 312 do Código Processo Penal - CPP.

- Na hipótese dos autos estão presentes elementos concretos a justificar a imposição da segregação antecipada, uma vez que as instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, entenderam que restou demonstrada a periculosidade concreta do paciente, tendo o Magistrado de primeiro grau destacado a considerável quantidade de droga encontrada - 253 gramas de maconha -, a apreensão de uma balança de precisão, bem como a tentativa de fuga do paciente ao ser surpreendido pelos agentes policiais, o que demonstra o risco que representa ao meio social, recomendando a sua custódia cautelar para garantia da ordem pública.

- O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a presença de condições pessoais favoráveis, como primariedade, domicílio certo e emprego lícito, não impede a decretação da prisão cautelar, notadamente se há nos autos elementos suficientes para justificar a segregação preventiva.

Habeas corpus não conhecido."

(HC 325.192/DF, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (Desembargador convocado do TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 28/08/2015).

Ademais, o fato de possuir condições pessoais favoráveis, por si só, não impede a decretação da prisão preventiva (HC 297.256/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Por fim, é "indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando esta encontra-se justificada na gravidade concreta do delito e na periculosidade social do réu, indicando que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública" (HC 315.151/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/4/2015, DJe de 25/5/2015; HC 323.026/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 17/09/2015).

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0103132-9

HC 354.092 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00054777920158260292 00063221420158260292 54777920158260292
63221420158260292

EM MESA

JULGADO: 07/12/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCELO JACOB
ADVOGADO : MARCELO JACOB E OUTRO(S) - SP168058
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBSON CLEBER RODRIGUES DOS SANTOS (PRESO)

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

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, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.