



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 78.095 - RS (2016/0291370-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE : **MARCOS BORDIN (PRESO)**
RECORRENTE : **MARCIO KANAREK DOS SANTOS (PRESO)**
ADVOGADO : **ANA LUCIA KONRATH ALVES - RS100952**
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. RECURSO PROVIDO.

1. No caso dos autos, a prisão preventiva foi decretada com base em fundamentos genéricos relacionados à gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas, sem a observância do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal. Não foram apontados elementos concretos a justificar a segregação provisória. Nem mesmo a quantidade dos entorpecentes apreendidos – 3 porções de maconha e 1 bucha de cocaína com o réu Marcos e 28 pedrinhas de *crack* com o réu Márcio –, pode ser considerada relevante a ponto de justificar, por si só, a custódia cautelar, sobretudo quando considerada a primariedade e os bons antecedentes dos recorrentes.

2. Recurso ordinário em *habeas corpus* provido para revogar a prisão preventiva dos recorrentes, mediante a aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a critério do Juízo de primeiro grau.

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, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 78.095 - RS (2016/0291370-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE : **MARCOS BORDIN (PRESO)**
RECORRENTE : **MARCIO KANAREK DOS SANTOS (PRESO)**
ADVOGADO : **ANA LUCIA KONRATH ALVES - RS100952**
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por **MARCOS BORDIN** e **MARCIO KANAREK DOS SANTOS**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (e-STJ, fls. 245-251).

Colhe-se dos autos que os recorrentes tiveram a prisão em flagrante convertida em preventiva, pela suposta prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Neste recurso, sustentam, em síntese, que são inocentes e que não estão presentes os requisitos autorizadores da custódia provisória.

Pleiteiam a revogação de suas prisões preventivas.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ, fls. 291-292).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso (e-STJ, fls. 318-321).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 78.095 - RS (2016/0291370-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE : **MARCOS BORDIN (PRESO)**
RECORRENTE : **MARCIO KANAREK DOS SANTOS (PRESO)**
ADVOGADO : **ANA LUCIA KONRATH ALVES - RS100952**
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. RECURSO PROVIDO.

1. No caso dos autos, a prisão preventiva foi decretada com base em fundamentos genéricos relacionados à gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas, sem a observância do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal. Não foram apontados elementos concretos a justificar a segregação provisória. Nem mesmo a quantidade dos entorpecentes apreendidos – 3 porções de maconha e 1 bucha de cocaína com o réu Marcos e 28 pedrinhas de *crack* com o réu Márcio -, pode ser considerada relevante a ponto de justificar, por si só, a custódia cautelar, sobretudo quando considerada a primariedade e os bons antecedentes dos recorrentes.

2. Recurso ordinário em *habeas corpus* provido para revogar a prisão preventiva dos recorrentes, mediante a aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a critério do Juízo de primeiro grau.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Os recorrente tiveram a custódia cautelar decretada pelos fundamentos a seguir reproduzidos:

"Trata-se de apreciar quanto a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão ao caso em tela, ou conversão da prisão em flagrante para preventiva.

A Defesa postulou pela concessão de liberdade provisória aos autuados.

O agente ministerial manifestou-se pelo indeferimento de liberdade e conversão da prisão em flagrante em preventiva.

Tenho que razão assiste ao Ministério Público.

Inicialmente, destaco que a liberdade provisória não se confunde com as medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319 do CPP, com nova redação dada pela Lei n. 12.403/11, na medida em que a primeira não importa em qualquer tipo de condição ao acusado, enquanto que a segunda traduz-se em medida restritiva de direitos, pois poderá impor proibições e/ou restrições de cunho pessoal ao acusado.

Assim, no caso em tela, descabe a aplicação de qualquer das medidas cautelares previstas na recente alteração legislativa, uma vez que nenhuma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delas mostra-se adequada e suficiente ao caso concreto.

Por outro lado, os requisitos do artigo 312 do CPP estão presentes nos autos, especialmente no que toca à garantia da ordem pública, visto que o tráfico de drogas abala severamente a ordem pública, fomentando a prática de outros crimes também graves, como roubos, homicídios e latrocínios, exigindo-se maior rigor na sua apuração e repressão.

Atualmente, o uso de drogas está se configurando quase como uma epidemia, um verdadeiro flagelo público, onde as famílias se vem inertes para estancar os efeitos devassadores das drogas, em especial do *crack*.

Por tudo isso, o tráfico deve ser repreendido e combatido com extrema rigidez.

Ainda, há prova da materialidade pela apreensão de três (03) variedades de substâncias entorpecentes (maconha, cocaína e *crack*), em diferentes quantidades e acondicionadas de modo distintos (auto de apreensão e laudos de constatação da natureza da substância), bem como fortes indícios de autoria, visto a prisão ter sido em flagrante." (e-STJ, fls. 92-93)

O Juízo de primeiro grau, ao decretar a prisão preventiva da recorrente, com base em fundamentos genéricos relacionados à gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas e em elementos inerentes ao próprio tipo penal, não observou o disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, que dispõe: "a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria".

Não foram apontados dados concretos a justificar a segregação provisória. Nem mesmo a quantidade dos entorpecentes apreendidos – 3 porções de maconha e 1 bucha de cocaína com o réu Marcos e 28 pedrinhas de *crack* com o réu Márcio -, pode ser considerada relevante a ponto de justificar, por si só, a custódia cautelar dos recorrentes.

Nesse contexto, sobretudo quando considerada a primariedade dos réus, deve ser-lhes concedido o direito de responder ao processo em liberdade.

A propósito:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE PROVA DE MATERIALIDADE E AUTORIA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. Considerando a 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.

Não há fundamentos idôneos que justifiquem a prisão processual da paciente. A alegação de que o tráfico é crime grave e hediondo, não constitui motivação idônea e suficiente para justificar a constrição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecipada, mormente quando não considerados os elementos concretos do caso, quais sejam, o fato de a paciente ser primária, de bons antecedentes e a pequena quantidade de droga apreendida (aproximadamente 2,5 gramas *crack* e 33 gramas de maconha).

4. Restando deficiente a fundamentação do decreto preventivo quanto aos pressupostos que autorizam a segregação antecipada e demonstrada a inadequação e a desproporcionalidade no encarceramento da paciente - sentença condenatória aplicou pena de 1 ano e 8 meses à paciente, que já está presa há mais de um ano -, deve sua prisão preventiva deve ser revogada.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para revogar o decreto de prisão preventiva, ressalvada a possibilidade de decretação de nova prisão, se demonstrada concretamente sua necessidade."

(STJ, HC 341.010/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 21/11/2016)

"PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE INIDONEIDADE DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. DECRETO FUNDAMENTADO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. *MODUS OPERANDI*. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. DESPROPORCIONALIDADE. PREVENTIVA MAIS GRAVOSA QUE O REGIME A SER FIXADO. INVIABILIDADE. PRESUNÇÃO EM PERSPECTIVA. PEDIDO NÃO CONHECIDO.

[...]

II - 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).

III - No caso, o decreto que impôs a prisão preventiva à paciente não apresenta a devida fundamentação, uma vez que a simples invocação da gravidade genérica do delito, bem como a quantidade de droga apreendida em poder da paciente (65,29 gramas de maconha e 9,3 gramas de cocaína), não constituem fundamentos suficientes para autorizar a segregação cautelar com fundamento na garantia da ordem pública. (Precedentes).

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para revogar a prisão preventiva da paciente, salvo se por outro motivo estiver presa, e sem prejuízo da decretação de nova prisão, desde que concretamente fundamentada, ou outras medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal."

(STJ, HC 364.408/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 20/10/2016)

"*HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. QUANTIDADE DA DROGA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, a preventiva poderá ser decretada quando houver prova da existência do crime (materialidade) e indício suficiente de autoria, mais a demonstração de um elemento variável: (a) garantia da ordem pública; ou (b) garantia da ordem econômica; ou (c) por conveniência da instrução criminal; ou (d) para assegurar a aplicação da lei penal. Para quaisquer dessas hipóteses, é imperiosa a demonstração concreta e objetiva de que tais pressupostos incidem na espécie, assim como deve ser insuficiente o cabimento de outras medidas cautelares, nos termos do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, pelo qual a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319 do CPP).
2. Hipótese em que o juízo de origem lastreou sua decisão tão somente na gravidade em abstrato do delito, circunstância categoricamente rechaçada pela jurisprudência da Suprema Corte.
3. A pequena quantidade da droga apreendida torna desproporcional a decretação da prisão preventiva. Precedentes.
4. Motivação que extrapola o conteúdo do decreto prisional não se presta a suprir a carência de fundamentação nele detectada.
5. *Habeas corpus* concedido."
(STF, HC 135250, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 13/09/2016, DJe 29/09/2016)

"Penal e processual penal. *Habeas corpus*. Tráfico e associação para o tráfico de entorpecentes (Arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006). garantia da ordem pública. Ausência de demonstração de base empírica idônea. Vedação à liberdade provisória prevista no Art. 44 da Lei n. 11.343/2006. Declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Constrangimento ilegal caracterizado.

1. A prisão cautelar para garantia da ordem pública é ilegítima quando fundamentada tão somente na gravidade *in abstracto* do crime.
2. *In casu*, a liberdade provisória foi indeferida sob duplo fundamento: (i) vedação do art. 44 da Lei de Drogas e (ii) necessidade da prisão cautelar com supedâneo no artigo 312 do Código de Processo Penal, aludindo-se à gravidade *in abstracto*, ínsita ao tipo penal, sem declinar qualquer elemento fático subsumível às hipóteses legais do art. 312 do CPP.
3. É mister considerar que os pacientes são primários, possuem residência fixa e foram presos em flagrante com pequena quantidade de entorpecentes, impondo-se, por isso, reconhecer o constrangimento ilegal a que submetidos.
4. O Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, afastando a vedação legal à liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes.
5. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva."
(STF, HC 107903, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 19/06/2012, DJe 28/09/2012)

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso ordinário para revogar a prisão preventiva dos recorrentes, mediante a aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a critério do Juízo de primeiro grau.

Ressalvo a possibilidade de nova decretação da prisão, caso demonstrada, de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

forma fundamentada, sua necessidade.

Comunique-se, **com urgência**, ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e ao Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Viamão.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0291370-3

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 78.095 / RS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 02887563520168217000 20165995844 2887563520168217000 70070785621

EM MESA

JULGADO: 07/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : **MARCOS BORDIN (PRESO)**

RECORRENTE : **MARCIO KANAREK DOS SANTOS (PRESO)**

ADVOGADO : **ANA LUCIA KONRATH ALVES - RS100952**

RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

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, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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