



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 286.150 - SP (2013/0423211-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ELZA VALDELICE CUSTODIO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELZA VALDELICE CUSTODIO DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : GEOVANA SCATOLINO SILVA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E RESPECTIVA ASSOCIAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. APREENSÃO DE SIGNIFICATIVA QUANTIDADE DE DROGA. DEDICAÇÃO AO TRÁFICO. 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. 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.

3. Na hipótese, estando a prisão fundamentada na gravidade concreta dos fatos, cifrada na significativa quantidade de entorpecentes apreendida (47 pedras de "crack"), evidencia-se o risco para ordem pública. Ressaltou-se, ainda, que a paciente se encontraria no alvo de investigação de associação para o tráfico, tendo sido encontrada a droga no cumprimento de mandado de busca e apreensão, regular e judicialmente determinada.

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 da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 06 de maio de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 286.150 - SP (2013/0423211-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ELZA VALDELICE CUSTODIO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELZA VALDELICE CUSTODIO DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : GEOVANA SCATOLINO SILVA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, inicialmente impetrado pela própria paciente, mas com razões apresentadas, ulteriormente, pela Defensoria Pública da União, contra acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - HC 01768427820138260000.

Ressuma dos autos que a paciente foi assim denunciada:

Consta dos autos do incluso inquérito policia que, em data e local ainda incertos, mas até o dia 30 de julho de 2013, por volta das 16h30, na Rua Doutor Campos Sales, nesta cidade e comarca de Taquarituba, ELXA VALDELICE CUSTODIO DA SILVA ou ELZA VALDELICE CUSTODIO, qualificada a fls. 29, MARIA TERESINHA CUSTODIO BRAZ, qualificada da fls. 53, e CLOVIS CESAR TRINDADE, vulgo "Fião", qualificado a fls. 62, associaram-se entre si, de forma estável e organizada, para o cometimento, reiterado, do crime de tráfico de drogas previsto no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06.

Consta, ainda, que em circunstâncias fáticas que serão elucidadas no decorrer da instrução processual, CLOVIS CESAR TRINDADE, vulgo "Fião, qualificado a fls. 62, forneceu, para fins de tráfico, 47 (quarenta e sete) pedras de "crack", droga derivada da cocaína, pesando 7,7g (sete gramas e sete decigramas), para MARIA TEREZINHA CUSTODIO BRAZ, qualificada a fls. 53, e ELZA VALDELICE CUSTODIO DA SILVA ou ELZA VALDELICE CUSTODIO, qualificada a fls. 29, as quais, previamente ajustadas e com unidade de propósitos, cada qual aderindo à conduta da outra, mantiveram a guarda do entorpecente, igualmente para fins de disseminação, até o dia 30 de julho de 2013, por volta das 16h30, na Rua Doutor Campos Sales, nesta cidade e comarca de Taquarituba, tratando-se de substância entorpecente que causa dependência física e psíquica, o fazendo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (vide auto de exibição e apreensão de fls. 21, auto de constatação preliminar de fls. 22 e fotografias de fls. 23/25).

Conforme o apurado, os denunciados resolveram se associar para a prática do crime de tráfico de drogas. A união era estável, não episódica, e tinha laços de permanência. Todos estavam unidos em torno de um ideal comum: a traficância. Assim é que cada qual possuía uma tarefa bem definida na quadrilha, cabendo a CLOVIS obter a droga e MARIA TEREZINHA e ELZA guardar o entorpecente destinado ao comércio.

Em circunstâncias a serem apuradas na fase processual, CLÓVIS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

forneceu quarenta e sete porções de "crack" para MARIA TEREZINHA e ELZA, sendo que elas guardaram o material estupefaciente.

A polícia civil já tinha a informação de que os denunciados estavam envolvidos na traficância. Havia investigação em andamento, e, diante das fundadas suspeitas, a autoridade policial obteve autorização judicial para proceder a busca e apreensão no estabelecimento comercial de MARIA TEREZINHA, conhecido como "Bar da Terezinha", local onde também servia como sua residência e de sua irmã ELZA.

De posse do mandado judicial, policiais civis e militares partiram para efetuar a diligência. Chegando no local, em buscas, localizaram na parte interna do balcão do bar um invólucro plástico contendo quarenta e sete pedras "crack". A droga tinha sido dispensada naquele local por MARIA TEREZINHA assim que os policiais chegaram. Também localizaram, em várias carteiras, inclusive uma pertencente ao denunciado CLOVIS, a quantia total de R\$ 1.384,25 (um mil, trezentos e oitenta e quatro reais e vinte e cinco centavos), disposta em cédulas e moedas, dinheiro proveniente da traficância.

Imediatamente MARIA TEREZINHA assumiu que a droga era de propriedade de CLOVIS, e que o entorpecente estava sob seus cuidados. Em troca, ganharia cinco pedras para consumo pessoal. ELZA estava na residência e tinha pleno conhecimento de tudo, aderindo à conduta de MARIA TEREZINHA na guarda da droga.

Em seguida, policiais diligenciaram no sentido de localizar CLOVIS, que também foi preso em flagrante delito.

As circunstâncias da prisão dos denunciados, antecedida de prévia busca domiciliar autorizada judicialmente em razão das fundadas suspeitas de que estavam envolvidos no tráfico, a quantidade de entorpecente apreendido, incompatível para quem se diz usuário, a forma de acondicionamento, vale dizer, embaladas em porções individualizadas prontas para o varejo, a confissão informal de MARIA TEREZINHA e a vultosa soma em dinheiro apreendida, distribuída em cédulas de valores menores, são fortes evidências da traficância e associação para o tráfico.

Apurou-se, ainda, que os denunciados realizavam o tráfico nas imediações de estabelecimento de ensino, entre a C.E.I. Casa Criança e E.E. "Prof. Guido Dias de Almeida".

Ante o exposto, denuncio ELZA VALDELICE CUSTODIO ou ELZA VALDELICE CUSTODIO, MARIA TEREZINHA CUSTODIO BRAZ e CLOVIS CESAR TRINDADE, vulgo "Fião", como incursos nos artigos 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso III, e 35, "caput", todos da Lei nº 11.343/2006, conjugados com os arts. 29 e 69 ambos do Código Penal. Requeiro que, recebida e autuada esta, seja instaurado o devido processo legal, adotando-se o rito estabelecido nos artigos 54 e seguintes da Lei nº 11.343/2006, notificando-os para que ofereçam defesa preliminar, e, após o recebimento da denúncia, citando-os e intimando-os para que compareçam na audiência de instrução, debates e julgamento a ser designada, oportunidade em que serão ouvidas as testemunhas abaixo arroladas e os réus interrogados, prosseguindo-se até final condenação e decretação do perdimento dos bens e valores regularmente apreendidos, lançando-se o nome dos réus no rol dos culpados após o trânsito em julgado. (fls. 48-51).

A prisão em flagrante foi convertida em preventiva nos termos que correm:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Flagrante formalmente em ordem, por observância dos requisitos previstos nos artigos 302, 304 e 306 do Código de Processo Penal, não sendo hipótese de relaxamento.

(...)

Os crimes pelos quais os increpados estão sendo processados são graves são punidos com penas privativas de liberdade máximas superiores a 4 (quatro) anos, estando presente a hipótese prevista no art. 313, inc. I, do Código de Processo Penal.

O art. 44, *caput*, da Lei nº 11.343/06 veda expressamente a concessão da liberdade provisória. Ainda que assim não fosse, na hipótese em exame, a necessidade da manutenção da custódia cautelar encontra-se suficiente demonstrada.

As circunstâncias do caso retratam a periculosidade *in concreto* dos agentes, considerando-se, sobretudo, o *modus operandi* do delito, a quantidade e natureza da droga apreendida. (...)

Há também indicação de que o indiciado Clóvis Cezar estar envolvido com outros crimes, tudo a reforçar a periculosidade do agente e a necessidade de sua segregação cautelar para preservação da ordem pública, de modo a evitar a reprodução de fatos criminosos.

A instrução processual, em casos como o dos presentes autos, reclama a custódia, até para fins de reconhecimento pessoal dos agentes. Não custa lembrar que os indiciados não comprovaram ligações concretas com o distrito da culpa, indicando a real e concreta possibilidade de evasão caso sejam imediatamente colocados em liberdade, retardando a marcha processual e até inviabilizando até a própria aplicação da lei penal.

No mais, a colocação dos agentes apreendidos com excessiva quantidade de droga, imediatamente após exitosa ação policial, acabaria por gerar odiosa sensação de impunidade, em total descrédito para a justiça.

Por fim, considerando a gravidade da conduta (...), as circunstâncias do fato (expressiva quantidade de droga pronta para a comercialização), as condições pessoais dos averiguados (ausência de vínculo com o distrito da culpa), a liberdade provisória e as medidas cautelares diversas da prisão (previstas no art. 319 do CPP) revelam-se absolutamente inadequadas e insuficientes para o caso concreto aqui analisado. (fls. 59-60).

Impetrada prévio *writ*, foi a ordem denegada, *verbis*:

O Dr. Marcello Rodrigues Ferreira, Advogado, impetra a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Elza Valdelice Custódio, apontando como autoridade coatora o MM. Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Taquarituba, que converteu em preventiva a prisão em flagrante da paciente.

Sustenta, em resumo, que a decisão *a quo* carece de fundamentação idônea, porquanto alicerçada na gravidade em abstrato do delito, sem demonstrar de forma concreta a presença dos requisitos elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal, autorizadores da prisão cautelar. Expõe, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que “unicamente a vedação legal contida no artigo 44 da Lei 11.343/06 é insuficiente para o indeferimento da liberdade provisória, *notadamente em face da edição da Lei 11.464/2007*”. Assevera, também, que a paciente faz jus a responder ao processo em liberdade, uma vez que é primária.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pleiteia, com esses argumentos a revogação da prisão preventiva da paciente, com a imediata expedição de alvará de soltura (fls. 2/6).

O pedido veio instruído com os documentos de fls. 7/39.

Indeferida a liminar (fl. 41) e prestadas as informações de estilo pela digna Autoridade apontada como coatora (fls. 44/45 e 47/48), que vieram acompanhadas de cópias do processo (fls. 49/62), opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da ordem (fls. 64/66).

É o relatório, em síntese.

Inviável a concessão da ordem.

Ora, ao que é dado inferir do exame dos autos, a paciente está sendo processada como incurso no artigo 33, “caput”, c.c. o artigo 40, inciso III, e 35, “caput”, todos da Lei 11.343/06, conjugados com os artigos 29 e 69, ambos do Código Penal, porque em data e local incertos, porém até o dia 30 de julho de 2013, por volta das 16h30m, na Rua Doutor Campos Sales, na cidade e comarca de Taquarituba, teria se associado aos corréus Maria Terezinha Custódio Braz e Clóvis Cesar Trindade, vulgo “Fião”, de forma estável e organizada, para o cometimento reiterado do crime descrito no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

Consta, ainda, que o corréu Clóvis forneceu, para fins de tráfico, 47 (quarenta e sete) pedras de *crack*, droga derivada da cocaína, para a paciente Elza Valdelice Custódio da Silva e para a corré Terezinha Custódio Braz, as quais, previamente ajustadas e com unidade de desígnios, mantiveram a droga em seu poder, para fins de tráfico, em desacordo com determinação legal ou regulamentar (fls. 8/11).

Com efeito, embora o exame aprofundado de provas não possa ser feito nos limites estritos do *habeas corpus*, é possível vislumbrar no caso em tela a existência de prova da materialidade e de indícios de autoria razoavelmente sérios, encontrando-se presentes os requisitos para a prisão cautelar (art. 312 do CPP) e devidamente fundamentada a decisão que converteu em preventiva a prisão em flagrante da paciente, ante a gravidade do delito imputado, as circunstâncias dos fatos, em face da expressiva quantidade de droga, pronta para ser comercializada, e das condições pessoais dos acusados, que não possuem vínculo com o distrito da culpa (fls. 36/38). Ademais, merece atenção, a esse respeito, o dilema vivenciado pelo Juiz de primeiro grau nesses casos: se, por um lado, não pode simplesmente repetir os requisitos previstos no art. 312 da lei processual penal, não pode, também, por outro, avançar demasiadamente na análise de tais requisitos, para não correr o risco de prejudicar a causa.

Seja como for, não há como negar que recaindo sobre a paciente a acusação de associação para o tráfico de significativa quantidade de “crack” (quarenta e sete pedras, pesando sete gramas e sete decigramas) - droga de maior incidência, atualmente, sendo causadora de dependência química rápida e danos irreversíveis, que podem levar o usuário a óbito em pouco tempo de uso -, a prisão processual para garantia da ordem pública se faz imprescindível, não se revelando eficaz qualquer outra medida que não seja a segregação cautelar.

De fato, malgrado a liberdade seja a regra prevista no texto constitucional, admite-se sua privação antes da condenação definitiva, se, como na hipótese vertente, houver prova da materialidade, indícios razoavelmente sérios de autoria, estiverem presentes os requisitos previstos no art. 312 do CPP e não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar. Ora, se a ré coloca em risco a ordem, não há espaço para a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição da prisão por medidas cautelares alternativas, que, como se sabe, são muito menos abrangentes e eficazes, sobretudo no caso dos autos em que desponta a periculosidade da conduta atribuída à paciente, que, além do comércio ilícito, também está sendo acusada de associação para o tráfico de drogas (fls. 8/11).

Realmente, em situações como a de que ora se cuida, comprovada a materialidade dos fatos delituosos e verificada a existência de indícios razoáveis de autoria, torna-se legítima a custódia cautelar. A bem dizer, a periculosidade é a pedra de toque para que o acusado não possa merecer os benefícios legais. De fato, a existência de ameaça à tranquilidade pública justifica a privação cautelar da liberdade do indivíduo com tendência para o cometimento de delitos graves, de modo a evitar a prática de novas infrações penais.

(...)

Outrossim, o renomado José Frederico Marques, dissertando sobre o tema, assim pontificou: (. . .)

Acresce dizer, ainda, que condições pessoais favoráveis não são características exigidas pela lei para a concessão de liberdade provisória. Nesse sentido a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

(...)

Em suma, ainda que a prisão provisória seja uma medida extrema, certo é que em casos excepcionais, como o dos autos em que desponta a gravidade concreta dos crimes -, a ordem pública prevalece sobre a liberdade individual, o que, por si, só descaracteriza o alegado constrangimento ilegal da paciente.

Releva notar, ainda, que o princípio do estado de inocência (*CF*, art. 5º, LVII) apenas proíbe que aos acusados sejam aplicados os efeitos penais decorrentes da sentença condenatória transitada em julgado, mas não proíbe a prisão preventiva, desde que devidamente fundamentada, como no caso em apreço.

Ante o exposto, por não vislumbrar o alegado constrangimento ilegal, denego a ordem. (fls. 9-15).

Tendo a paciente aviado petição manuscrita, o eminente Ministro Felix Fischer, Presidente desta Corte, à fl. 24, abriu vista à Defensoria Pública da União, que, às fls. 27-28, pediu que se oficiasse ao juízo de origem para apresentação de informações, que vieram aos autos às fls. 36-79.

A Defensoria Pública da União, assistindo à paciente, então, apresentou razões às fls. 87-100. Salienta a carência de fundamentação para a medida extrema. Sustenta que a droga apreendida em poder de terceiros não é suficiente para medida cautelar tão gravosa. A situação em foco revelaria violação dos princípios da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal e da presunção de inocência.

Esclarece que, por dever de lealdade processual, em face "do" paciente teria sido prolatada sentença condenatória, mantendo-se a custódia cautelar. Frisa que: "Muito embora os fatos narrados e as decisões impugnadas sejam anteriores à égide da Lei nº 12.403/11 - a qual modificou substancialmente a sistemática das prisões no ordenamento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurídico -, aplicam-se, desde já, as diretrizes estabelecidas na referida reforma" (fl. 98).

Pede, liminarmente e no mérito, a liberação da paciente, ou, alternativamente, a aplicação da Lei 12.403/2011.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, da lavra do Subprocurador-Geral da República Mario J. Gisi, opinando pelo não conhecimento da ordem, e, se conhecido, pela sua denegação.

Em consulta à página eletrônica do Tribunal de origem, obteve-se a informação de que, a despeito do afirmando pela impetrante, ainda não houve prolação de sentença, tendo sido, em 22/04/2014, instaurado incidente de dependência química, para apurar a imputabilidade da corré Maria Terezinha.

Encontrando-se em termos para julgamento, dá-se por superada a análise do pleito liminar e avança-se sobre o mérito do *mandamus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 286.150 - SP (2013/0423211-1)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E RESPECTIVA ASSOCIAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. APREENSÃO DE SIGNIFICATIVA QUANTIDADE DE DROGA. DEDICAÇÃO AO TRÁFICO. 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. 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.

3. Na hipótese, estando a prisão fundamentada na gravidade concreta dos fatos, cifrada na significativa quantidade de entorpecentes apreendida (47 pedras de "crack"), evidencia-se o risco para ordem pública. Ressaltou-se, ainda, que a paciente se encontraria no alvo de investigação de associação para o tráfico, tendo sido encontrada a droga no cumprimento de mandado de busca e apreensão, regular e judicialmente determinada.

4. *Writ* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

De saída, sublinho tratar-se de emprego indevido do *habeas corpus*, utilizado como sucedâneo recursal. Contudo, corporificando o objeto da insurgência estritamente o *jus libertatis*, é de se verificar a ocorrência ou não de patente ilegalidade, a desafiar a concessão da ordem de ofício.

Na espécie, a decisão de primeiro grau não se ressentiu de carência de motivação. Pelo contrário, indicou que a paciente, juntamente com os demais corréus, encontravam-se investigados por associação pelo tráfico. Foi assinalado que a paciente, juntamente com sua irmã e um outro corréu, dividindo tarefas, com estabilidade e permanência, entregavam-se ao negócio malsão. Foi pontuado que havia, de modo reiterado, a distribuição de entorpecentes a consumo de terceiros. Nesse cenário, em que a organização se materializaria, no local em que residia a paciente foi encontrada significativa quantidade de "crack".

Do quanto remarcado nas anteriores instâncias, tem-se cenário de gravidade concreta, cifrada na apreensão de quarenta e sete pedras de "crack", embaladas na forma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

típica de mercancia. De mais a mais, os corréus foram encontrados na posse de considerável volume de dinheiro de contado, reforçando o quadro de comércio de drogas.

Pois bem. 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.

É de ver 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)

Com efeito, de tudo quanto apontado, não vislumbro ilegalidade na prisão cautelar da paciente, fundada que está na gravidade concreta dos fatos, cifrada na significativa quantidade de entorpecentes apreendida, denotando atividade ilícita de vulto e evidenciando-se o risco para a ordem pública.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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, cifrada, no caso concreto, dentre outras razões, na expressiva quantidade de droga apreendida em poder da paciente. Confira-se a propósito:

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 *eppendorfs*. 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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 com vasta jurisprudência desta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Corte, a afetação da ordem pública, amparada, sobretudo, na significativa quantidade de droga negociada e, também, na dedicação da paciente ao tráfico.

Dessarte, dadas as particularidades acima citadas, indicativas da necessidade do encarceramento, penso ser inviável a liberação da paciente, porquanto o decreto prisional encontra-se lastreado em elementos concretos colhidos dos próprios autos, razão pela qual não há imputar qualquer ilegalidade à custódia.

Nesse quadro, entendo que, também, não se mostraria adequado e suficiente a substituição da prisão pelas medidas alternativas do artigo 319 do Código de Processo Penal.

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

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0423211-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 286.150 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01768427820138260000 20130000680994 30016982220138260620

EM MESA

JULGADO: 06/05/2014

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ELZA VALDELICE CUSTODIO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELZA VALDELICE CUSTODIO DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : GEOVANA SCATOLINO SILVA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
CORRÉU : MARIA TEREZINHA CUSTÓDIO BRAZ
CORRÉU : CLOVIS CESAR TRINDADE

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 da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

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