



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 344.987 - SP (2015/0314323-7)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : GABRIEL LUDWIG VENTORIN DOS SANTOS E OUTRO
ADVOGADO : GABRIEL LUDWIG VENTORIN DOS SANTOS E OUTRO(S) - SP264483
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXSANDER DO VALE (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADE DO FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. SEGREGAÇÃO ANTERIOR À DECISÃO DO STF NA AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADPF Nº 347/MC-DF. ALEGAÇÃO SUPERADA. FLAGRANTE CONVERTIDO EM PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO DA SEGREGAÇÃO ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. INSUFICIÊNCIA DE MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA. LIMINAR CASSADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

2. A homologação da prisão em flagrante e sua conversão em preventiva tornam superado o argumento de irregularidades na prisão em flagrante, diante da produção de novo título a justificar a segregação.

3. O Supremo Tribunal Federal recentemente deferiu medida cautelar, nos autos da ADPF n. 347, fixando prazo de 90 dias – contados da concessão da medida, em 9/9/2015 – para que juízes e tribunais realizem audiências de custódia, dirigindo o preso a uma autoridade judiciária dentro de 24 horas da prisão. Nada obstante, no caso concreto, a ausência de realização de audiência de custódia não enseja o relaxamento da segregação do paciente por dois fundamentos. Primeiro, porque ocorrida a prisão em 28/7/2015 – antes mesmo, portanto, do julgamento proferido pela Corte Suprema. E segundo, porque a prisão em flagrante do acusado foi convertida em prisão preventiva por autoridade judiciária, o que exaure o objeto de eventual audiência de custódia. Precedentes.

4. Com relação à tese da negativa de autoria levantada pela defesa, tal análise demanda o exame aprofundado de todo conjunto probatório como forma de desconstituir as conclusões das instâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordinárias, soberanas na análise dos fatos, acerca dos indícios de autoria, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do *habeas corpus*, que não admite dilação probatória.

5. 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. Devendo, 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.

No caso dos autos, a prisão preventiva foi adequadamente fundamentada, tendo o Magistrado de piso salientado sua necessidade para preservação da ordem pública, levando em consideração a intensa atividade da mercancia de drogas. Assim, considerando as circunstâncias do delito, ante a elevada quantia em dinheiro encontrada em poder dos agentes, e a quantidade e natureza de droga apreendida, "um tijolo de cocaína, com peso bruto aproximado 1.041,80 gramas, 12 porções de cocaína, com peso bruto aproximado de 616,03 gramas, 7 porções de *crack*, subproduto da cocaína, com peso bruto aproximado de 73,74 gramas, 1 porção de cocaína, a granel, com peso bruto aproximado de 272,56 gramas", conforme se extrai da denúncia, forçoso concluir que a prisão processual está devidamente fundamentada na necessidade de garantir a ordem pública, não havendo falar, portanto, em existência de evidente flagrante ilegalidade capaz de justificar a sua revogação.

Esta Corte Superior possui entendimento firme no sentido de que 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.

É certa a inaplicabilidade de medida cautelar alternativa, quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública, como no caso dos autos.

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

Brasília (DF), 09 de março de 2017(Data do Julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 344.987 - SP (2015/0314323-7)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : GABRIEL LUDWIG VENTORIN DOS SANTOS E OUTRO
ADVOGADO : GABRIEL LUDWIG VENTORIN DOS SANTOS E OUTRO(S) - SP264483
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXSANDER DO VALE (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de ALEXSANDER DO VALE contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento do HC n. 2199972-92.2015.8.26.0000.

Infere-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante, em 28/7/2015, pela suposta prática dos delitos tipificados nos arts. 33 e 35, ambos da Lei n. 11.343/06. Referida custódia foi convertida em preventiva (fls. 113/115).

Irresignada, a defesa impetrou a ordem originária, que foi denegada pelo Tribunal *a quo*, em acórdão assim ementado:

Habeas corpus Tráfico Ilícito de Entorpecentes Fabricação e associação para o tráfico de drogas Concessão de liberdade provisória por ausência de fundamentação Impossibilidade Presentes os requisitos do art. 312, do CPP Prisão preventiva mantida Ordem denegada (fl. 31).

No presente *writ*, a impetrante afirma que o paciente sofre constrangimento ilegal porque a decisão que converteu o flagrante em preventiva está desprovida de fundamentação idônea, pois baseou-se apenas na gravidade abstrata do delito.

Aduz, ainda, que a prisão é medida excepcional e somente pode ser aplicada com observância dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal e desde que não seja cabível a sua substituição por outra medida cautelar, prevista no art. 319 do CPP.

Aponta, outrossim, violação do art. 306, §§ 1º e 2º, do CPP e do art. 3º do Conjunto n. 3/2015 editado pelo TJ/SP, pois o paciente foi mantido no cárcere por mais de 10 dias sem qualquer manifestação de regularidade da prisão em flagrante, afirmando, também, que o paciente não se encontrava em estado de flagrância, pois



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não portava nenhuma substância entorpecente nem ofereceu resistência à atuação policial.

Do mesmo modo, alega nulidade da prisão cautelar, pois, segundo a defesa, o Magistrado sequer aventou a hipótese de realização de audiência de custódia no presente caso.

Por fim, alega que a droga, a balança de precisão, o caderno de contabilidade de venda e as embalagens plásticas foram apreendidos na residência de José Antônio Mota, com quem o paciente estava apenas conversando no momento da prisão. Ressalta suas condições pessoais favoráveis, asseverando que, caso seja colocado em liberdade, não representará qualquer risco à ordem pública.

Pleiteia, assim, a revogação da prisão preventiva, com a aplicação de outras medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP e expedição de alvará de soltura em favor do paciente.

Indeferida a liminar às fls. 199/200 e prestadas as informações necessárias às fls. 209/236 e 238/299 o Ministério Público Federal, às fls. 306/313, opinou pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 344.987 - SP (2015/0314323-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Inicialmente, convém ressaltar que, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é remansosa no sentido de que a homologação da prisão em flagrante e sua conversão em preventiva tornam superado o argumento de irregularidades na prisão em flagrante, diante da produção de novo título a justificar a segregação. Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. RECEPÇÃO. EXCESSO DE PRAZO NA CONVERSÃO DO FLAGRANTE. AVENTADA NULIDADE DA SEGREGAÇÃO. TESE SUPERADA. SUPERVENIÊNCIA DE DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA. PRETENDIDA REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA ANTECIPADA. CONSIDERÁVEL QUANTIDADE E VARIEDADE DOS ESTUPEFACIENTES APREENHIDOS. NATUREZA ALTAMENTE LESIVA DE UMA DAS SUBSTÂNCIAS. GRAVIDADE. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. A tese da ilegalidade da prisão em flagrante do recorrente encontra-se superada, tendo em vista a superveniência de novo título a embasar a sua custódia cautelar, qual seja, o decreto de prisão preventiva.

[...]

5. *Recurso improvido* (RHC 37.891/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 5/2/2014)

Ademais, é certo que a audiência de custódia configura instrumento previsto no art. 7º, § 5º, da Convenção Americana de Direitos Humanos – também conhecido como Pacto de São José da Costa Rica –, do qual o Brasil é signatário, pelo qual se estipula a condução "*sem demora*" do preso a uma autoridade, bem como um julgamento em "*prazo razoável*".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante da inexistência de regulamentação normativa acerca da questão e a par da tramitação do Projeto de Lei do Senado Federal n. 554/2011, que visa à positivação do procedimento no Código de Processo Penal, tem-se que o Supremo Tribunal Federal deferiu medida cautelar, nos autos da ADPF n. 347, fixando prazo de 90 dias – contados da concessão da medida, em 9/9/2015 – para que juízes e tribunais realizem audiências de custódia, dirigindo o preso a uma autoridade judiciária dentro do prazo de 24 horas da prisão.

Nada obstante, no caso concreto, a ausência de realização de audiência de custódia não enseja o relaxamento da segregação do recorrente por dois fundamentos. Primeiro, porque ocorrida a prisão em 28/7/2015 – antes mesmo, portanto, do julgamento proferido pela Corte Suprema. E segundo, porque a prisão em flagrante do acusado foi convolada em prisão preventiva por autoridade judiciária, o que exaure o objeto de eventual audiência de custódia, ficando superada a questão.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Quinta Turma:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. QUESTÃO SUPERADA. FLAGRANTE HOMOLOGADO PELO JUIZ E CONVERTIDO EM PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. RISCO DE REITERAÇÃO. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

*[...] 4. A não realização da audiência de custódia, por si só, não é apta a ensejar a ilegalidade da prisão cautelar imposta ao paciente, uma vez respeitados os direitos e garantias previstos na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Ademais, **operada a conversão do flagrante em prisão preventiva, fica superada a alegação de nulidade na ausência de apresentação do preso ao Juízo de origem, logo após o flagrante. Precedentes.***

[...]

9. Habeas corpus não conhecido (HC 345.069/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 30/3/2016).

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO AO TEMPO DOS FATOS. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. QUANTIDADE. NATUREZA. FORMA DE TRANSPORTE DA DROGA APREENDIDA. LOCALIZAÇÃO DE CERTA QUANTIA EM DINHEIRO. GRAVIDADE. POTENCIALIDADE LESIVA DA INFRAÇÃO. PRISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. INSUFICIÊNCIA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. RECLAMO IMPROVIDO.

1. O flagrante ocorreu em 15-7-2015, quando não havia previsão para implementação da audiência de custódia, e em data anterior ao deferimento da medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347/DF, em 9-9-2015, que determinou aos Tribunais a viabilização da audiência de custódia no prazo de 90 dias, observados, ainda, os requisitos formais previstos em lei, conforme art. 306 do Código de Processo Penal, não se aferindo ilegalidade.

[...] 6. Recurso ordinário improvido (RHC 66.124/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 30/3/2016).

Noutro ponto, cumpre registrar que em pesquisa realizada na página eletrônica do Tribunal de origem, verifiquei que, em 20/9/2016, foi proferida sentença condenatória em desfavor do acusado, nos termos da denúncia, tendo o paciente sido condenado ao cumprimento das penas de 13 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.333 dias-multa, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade, em decisão assim fundamentada:

Já os corréus Alexsander e Jose Antonio não poderão recorrer em liberdade, pois permanecem presentes os requisitos que ensejaram a custódia cautelar, incrementada a situação, agora, pela necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, haja vista a condenação imposta.

Todavia, extrai-se do *decisum* que não foram agregados fundamentos ao decreto prisional, limitando-se o juízo sentenciante a manter a custódia cautelar por considerar que permanecem íntegros os fundamentos que ensejaram a decretação da prisão cautelar do paciente.

Esta Quinta Turma possui firme entendimento no sentido de que a manutenção da custódia cautelar por ocasião de sentença condenatória superveniente não possui o condão de tornar prejudicado o *writ* em que se busca sua revogação, quando não agregados novos e diversos fundamentos ao decreto prisional primitivo. Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. NEGATIVA DE APELO EM LIBERDADE. FUNDAMENTOS DO DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA MANTIDOS. AUSÊNCIA DE NOVO TÍTULO. RISCO REAL DE REITERAÇÃO. AMEAÇA À TESTEMUNHA. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Conforme precedente desta Quinta Turma, a superveniência de sentença de pronúncia ou condenatória não constituirá "título novo", de modo a prejudicar o conhecimento do habeas corpus, se a ela nenhum fundamento novo for acrescentado (HC 288.716/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO - Desembargador Convocado do TJ/SC -, Quinta Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 1º/12/2014).

2. No caso, os fundamentos utilizados na sentença condenatória, quanto à necessidade da prisão, em nada inovaram quanto ao decreto construtivo originário, apenas negando o direito do recurso em liberdade tendo em vista que "o réu permaneceu preso durante o curso do processo e assim deverá ser mantido, agora por força de sentença condenatória, a fim de ser garantida a aplicação da lei penal". Não é o caso, portanto, de se julgar prejudicado o mandamus.

3. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

4. No presente caso, a prisão preventiva está devidamente justificada para a garantia da ordem pública, em razão da periculosidade do agente, diante da notícia de ameaça às testemunhas, e do risco de reiteração criminosa, evidenciados pelo fato de o recorrente ser reincidente e possuir outros registros criminais.

5. A ameaça às testemunhas, durante a instrução criminal, indica a alta reprovabilidade da conduta do réu, a justificar a constrição cautelar, mesmo após o encerramento da instrução, para acautelar o meio social. Precedentes.

6. Recurso improvido (RHC 53.194/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 28/3/2016).

Com relação à tese da negativa de autoria levantada pela defesa, tal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

análise demanda o exame aprofundado de todo conjunto probatório como forma de desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, acerca dos indícios de autoria, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do *habeas corpus*, que não admite dilação probatória.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. EXAME APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. PROVA COLHIDA APENAS NO INQUÉRITO POLICIAL. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

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 a ordem de ofício.

2. A via estreita do writ não é adequada à análise de alegações relativas à absolvição por falta de provas para a condenação, por demandar tal exame o revolvimento fático-probatório. Precedentes.

(...)

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena. (HC 316.472/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 01/09/2015)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ABSOLVIÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ANÁLISE PREJUDICADA. SÚMULA 231/STJ. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Tendo as instâncias ordinárias indicado os elementos de prova que levaram ao reconhecimento da autoria e, por consequência, à condenação, não cabe a esta Corte Superior, em habeas corpus, desconstituir o afirmado, pois demandaria profunda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incursão na seara fático-probatória, inviável nessa via processual.

3. O pedido de aplicação da atenuante do art. 65, I, do CP, não foi objeto de análise por parte do Tribunal de origem, não podendo ser apreciado diretamente nesta Corte, sob pena de supressão de instância e, mesmo que assim não fosse, não há como aplicar tal circunstância atenuante pois a pena-base foi fixada no mínimo legal. Súmula 231/STJ.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 195.883/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 07/08/2015)

Passo agora a analisar a possibilidade de existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a revogação da segregação cautelar do paciente, e, subsidiariamente, sua substituição por medidas cautelares alternativas.

Por oportuno, segue a transcrição de trecho da decisão do Juízo de primeiro grau, que converteu o flagrante em prisão preventiva:

ANTONIO CARLOS MARTINI JÚNIOR, JOSÉ ANTONÍO MOTA, MARA REGINA GONÇALVES e ALEXSANDER DO VALE, foram presos em flagrante em 28 de julho de 2.015 em possível atividade de tráfico. Há sérios indícios de que na oportunidade estariam na posse dos entorpecentes e que as drogas seriam destinadas ao tráfico, e ainda, teriam se associados, para o fim de praticarem, reiteradamente ou não, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

Comprovada a materialidade do delito (auto de constatação provisória fls.21/22 e auto de exibição e apreensão de fls. 10/14).

O flagrante está em ordem e as prisões foram regulares, motivo pelo qual não existem razões para o relaxamento.

Diante da gravidade dos delitos, inclusive equiparados a hediondo, não se mostram suficientes a aplicação das medidas cautelares trazidas pela Lei nº 12.403/2.011.

As circunstancia do caso concreto denota a intensa atividade de mercância de drogas, circunstância que enseja a manutenção da custódia do indiciado para preservação da ordem pública, tendo em vista que o crime de tráfico é extremamente grave em si mesmo e dissemina outras espécies de crimes, tais como Furto, roubo, corrupção de menores, homicídio, etc...

Deste modo, a manutenção da prisão cautelar é a única medida suficiente neste momento.

Assim, com base no artigo 310, inciso II, do Código de Processo Penal, converto a prisão em flagrante em prisão preventiva.

Expeça(m)-se mandado(s) de prisão preventiva em desfavor do(s) acusado(s), COM URGÊNCIA.

No mais, aguarde-se a vinda do inquérito policial no prazo legal (fls. 114/115).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Referida decisão foi mantida pelo Tribunal de origem sob os seguintes fundamentos:

[...]

A presente ordem é de ser denegada.

O paciente se encontra preso por suposta prática do crime previsto nos artigos 33, caput, 34 e 35, todos da Lei nº 11.343/06, sendo sua prisão em flagrante foi convertida em preventiva em 07.08.2015.

No momento, os autos estão em regular tramitação, isto é, aguardam a apresentação da defesa preliminar do ora paciente (cf. fls. 96).

Em que pese às alegações lançadas pelos combativos impetrantes, não se vislumbra a ocorrência do propalado constrangimento ilegal que possa estar sofrendo o paciente.

Isto porque sua prisão tem por fundamento o juízo de admissibilidade da prática delitiva e por estarem presentes os requisitos do art. 312, do Código de Processo Penal, de sorte que não há se falar que mencionada prisão constitua constrangimento ilegal.

Cabe referir que ao paciente é imputada a prática de delitos graves, um deles considerado hediondo, que traz consequências sociais irreparáveis, sendo fonte geradora de crimes violentos, daí porque, 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.

Ressalto não se vislumbrar qualquer alteração da situação fática a demandar a revogação da medida, prevalecendo os requisitos autorizadores de sua decretação.

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 § 1.º, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 (cf. fls. 73/74 e 83/87).

Por outro lado, como bem lembrado pelo d. Preopinante, a demora em proferir a r. decisão de conversão da prisão em flagrante em preventiva se deu pelo fato de ter sido juntados pedidos de liberdade provisória e relaxamento da prisão do paciente, fazendo com que os autos tivessem que retornar ao Ministério Público para manifestação, antes mesmo de ir à conclusão.

Nessa linha de raciocínio, a demora não se deu por culpa ou desídia do MM. Juízo apontado como coator, não havendo que se falar em nulidade do feito por inobservância do disposto no art. 306, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal.

Nada obstante, convertida a prisão em flagrante em preventiva, em razão da presença de seus legais requisitos, restam prejudicadas as alegações de nulidade da prisão em flagrante, pois a segregação agora decorre de novo título.

Neste sentido: “HC nº 2090769- 98.2015.8.26 Rel. Des. Damião Cogan - TJSP 5ª Câm. Crim. j. 06.08.2015.” Por derradeiro, insta consignar que pedido e argumentação semelhantes, foram objeto do HC nº 2166733- 97.2015.8.26.0000, Voto nº 28.105, deste Relator, que se encontra em regular tramitação.

De resto, descabe discussão do mérito da causa, nos limites estreitos do habeas corpus.

Assim, por não se vislumbrar o alegado constrangimento ilegal que possa estar a sofrer o paciente, a solução que melhor se afigura é a denegação da ordem.

Diante do exposto, DENEGA-SE A ORDEM (fls. 33/36).

Quanto à segregação antecipada, o Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento segundo o qual, considerando a natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição e manutenção quando evidenciado, de forma fundamentada em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do CPP.

Convém, ainda, ressaltar que, considerando os princípios da presunção da inocência e a excepcionalidade da prisão antecipada, a custódia cautelar somente deve persistir em casos em que não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, de que cuida o art. 319 do CPP.

No caso dos autos, verifica-se que a prisão preventiva foi adequadamente fundamentada, tendo o Magistrado de piso salientado sua necessidade para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preservação da ordem pública, levando em consideração a intensa atividade da mercancia de drogas. Assim, considerando as circunstâncias do delito, ante a elevada quantia em dinheiro encontrada em poder dos agentes, e a quantidade e natureza de droga apreendida, "um tijolo de cocaína, com peso bruto aproximado 1.041,80 gramas, 12 porções de cocaína, com peso bruto aproximado de 616,03 gramas, 7 porções de crack, subproduto da cocaína, com peso bruto aproximado de 73,74 gramas, 1 porção de cocaína, a granel, com peso bruto aproximado de 272,56 gramas", conforme se extrai da denúncia à fl. 154, forçoso concluir que a prisão processual está devidamente fundamentada na necessidade de garantir a ordem pública, não havendo falar, portanto, em existência de evidente flagrante ilegalidade capaz de justificar a sua revogação.

A propósito:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NEGATIVA DE AUTORIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. RISCO DE REITERAÇÃO E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

[...].

2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

3. No caso, a sentença condenatória demonstrou a necessidade da medida extrema, destacando dados da vida pregressa do recorrente, notadamente pelo fato de o réu já possuir outro registro criminal. Da mesma forma, a quantidade e qualidade da droga apreendida - 156, 20g de cocaína e 104,52g de maconha - evidenciam ser a prisão preventiva indispensável para conter a reiteração na prática de crimes e garantir a ordem pública.

[...]

5. Recurso ordinário improvido (RHC 60.020/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 30/03/2016)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO E TRÁFICO ILÍCITO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DIVERSIDADE DA DROGA APREENDIDA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. PERICULOSIDADE CONCRETA. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS DESPROVIDO.

I - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu jus libertatis antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. 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. A prisão preventiva, portanto, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem permite complementação pelas instâncias superiores (HC n. 93.498/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 18/10/2012).

[...]

III - Na hipótese, o decreto prisional se encontra devidamente fundamentado em dados extraídos dos autos, notadamente pela apreensão no flagrante realizado de 5 porções de maconha, 11 pedras de crack e R\$ 1.893,50 em espécie, com indícios apontando para a prática habitual e reiterada do tráfico de entorpecentes, o que denota periculosidade concreta dos agentes, e assim, a necessidade da segregação cautelar para a garantia da ordem pública, a fim de evitar a reiteração delitiva.

Recurso ordinário desprovido (RHC 65.068/ES, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 28/03/2016).

Cumpre registrar, ademais, que esta Corte Superior possui entendimento firme no sentido de que 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. Confirmam-se:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE AGENTES. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. PERICULOSIDADE. MODUS OPERANDI. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

[...]

III - As condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, entre outras, não têm o condão de, por si sós, garantirem ao recorrente a revogação da prisão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preventiva, se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar, como é o caso da presente hipótese. (Precedentes).

Recurso ordinário desprovido (RHC 66.359/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 1/4/2016).

Por fim, esta Corte firmou compreensão de que é inaplicável medida cautelar alternativa, quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública, como no caso dos autos.

Vejam-se os seguintes precedentes:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. TRANSPORTE EM ÔNIBUS PÚBLICO. ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. INSTRUÇÃO CRIMINAL ENCERRADA. PROCESSO EM FASE DE ALEGAÇÕES FINAIS. EVENTUAL DELONGA SUPERADA. SÚMULA 52/STJ. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. APREENSÃO DE ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. PERICULOSIDADE SOCIAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CUSTÓDIA JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA EXTREMA. INOCORRÊNCIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. RECLAMO IMPROVIDO.

[...]

6. Indevida a aplicação de medidas cautelares alternativas quando a segregação se encontra justificada e mostra-se imprescindível para evitar que a ré continue comercializando entorpecentes, evidenciando que providências menos gravosas não seriam suficientes para garantir a ordem pública.

7. Recurso ordinário improvido (RHC 67.767/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 30/03/2016).

Assim, não se divisa ilegalidade flagrante na manutenção da custódia cautelar imposta, especialmente quando já proferida sentença penal condenatória.

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer da presente impetração.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0314323-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 344.987 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00076565720158260624 20150000924210 21999729220158260000 6102015 7656572015
76565720158260624

EM MESA

JULGADO: 09/03/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GABRIEL LUDWIG VENTORIN DOS SANTOS E OUTRO
ADVOGADO : GABRIEL LUDWIG VENTORIN DOS SANTOS E OUTRO(S) - SP264483
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXSANDER DO VALE (PRESO)
CORRÉU : JOSE ANTONIO MOTA
CORRÉU : ANTONIO CARLOS MARTINI JUNIOR
CORRÉU : MARA REGINA GONCALVES

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