



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.451 - MG (2016/0321447-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : WALQUIR ROCHA AVELAR JUNIOR
ADVOGADO : WALQUIR ROCHA AVELAR JUNIOR - MG087025
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : IURI LOURENCO DE ASSIS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. PROIBIÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA CONSTANTE DO ART. 44 DA LEI Nº 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. RISCO À INSTRUÇÃO CRIMINAL. MERA CONJECTURA. DROGA APREENDIDA. REDUZIDA QUANTIDADE. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *mandamus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. É certo que a gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes não serve de fundamento para a negativa do benefício da liberdade provisória, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei nº 11.343/2006 pelo Supremo Tribunal Federal.

3. Caso em que o decreto que impôs a prisão preventiva ao paciente não apresentou motivação concreta, apta a justificar a segregação cautelar, tendo-se valido de afirmação genérica e abstrata sobre a gravidade do delito, decorrente do *quantum* da pena em abstrato, deixando, contudo, de indicar elementos concretos e individualizados que evidenciassem a necessidade da rigorosa providência cautelar.

4. Condições subjetivas favoráveis ao paciente, conquanto não sejam garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando não for demonstrada a real indispensabilidade da medida constritiva, máxime diante das peculiaridades do caso concreto, em que os acusados foram flagrados na posse de 21 buchas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de maconha e R\$ 30,00. Precedentes.

5. *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício, para determinar a soltura do paciente, sob a imposição das medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319, incisos I e IV, do Código de Processo Penal.

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.451 - MG (2016/0321447-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : WALQUIR ROCHA AVELAR JUNIOR
ADVOGADO : WALQUIR ROCHA AVELAR JUNIOR - MG087025
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : IURI LOURENCO DE ASSIS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em benefício de IURI LOURENÇO DE ASSIS contra acórdão da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (HC n. 1.0000.16.075356-2/000).

Extrai-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante pela suposta prática do delito tipificado no art. 33, da Lei n. 11.343/2006. A prisão foi convertida em preventiva.

Contra a decisão, a defesa impetrou a ordem originária, que foi denegada pelo Tribunal *a quo*, em acórdão assim ementado (e-STJ fls. 53/63):

VOTO VENCEDOR (DES. 1º VOGAL): HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA E INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE SOLTURA. PROVA DA MATERIALIDADE. INDÍCIOS DE AUTORIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CUSTÓDIA CAUTELAR LEGALMENTE AUTORIZADA. PENA MÁXIMA COMINADA SUPERIOR A QUATRO ANOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

- *Fundamentada e demonstrada a necessidade da manutenção da custódia cautelar do paciente, não há falar em constrangimento ilegal.*

- *Também a pena máxima cominada ao delito de tráfico de entorpecentes autoriza a custódia cautelar do paciente.*

No presente *writ*, o impetrante alega que não estão presentes os requisitos autorizadores da segregação preventiva, uma vez que o paciente *é reu absolutamente primário (...), possui endereço familiar comprovado, possui trabalho e atividades lícitas,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nada tem na sua comunidade que desabone sua conduta (e-STJ fl. 8). Ressalta que com o próprio paciente nenhuma droga ilícita com o mesmo foi arrecadada, e ele apenas justificou que havia acabado de chegar naquele local (e-STJ fl. 9). Defende a suficiência da aplicação de medidas cautelares alternativas.

Pleiteia a revogação da prisão, se for o caso com aplicação de medida cautelar menos gravosa.

A liminar foi indeferida às e-STJ fls. 99/101.

Informações às e-STJ fls. 110/130.

O Ministério Público Federal opinou, às e-STJ fls. 135/140, pelo não conhecimento do recurso.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.451 - MG (2016/0321447-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

Nesse sentido, encontram-se, por exemplo, estes julgados: HC 313.318/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgamento em 7/5/2015, DJ de 21/5/2015; HC 321.436/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/5/2015, DJ de 27/5/2015.

No entanto, nada impede que, de ofício, este Tribunal Superior constate a existência de ilegalidade flagrante, circunstância que ora passo a examinar.

Do que se extrai dos autos, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ofereceu denúncia contra o paciente e corréus imputando-lhes a prática do delito do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

Requerida a revogação da prisão preventiva, o Magistrado singular a manteve, pelos seguintes fundamentos (e-STJ fl. 45):

Segundo relata o APFD, no dia 20/09/2016, após denúncia anônima de que três indivíduos estariam exercendo o comércio de drogas ilícitas, uma guarnição da polícia militar se deslocou até a Rua Latife Simão, visualizando à distância o requerente e os corréus, Michel Gabriel Dias Sousa e Wellington Aparecido Santos, os quais se encontravam debaixo de uma árvore, defronte ao nº 150, e de forma alternada se deslocavam ao interior de um lote vago, buscando algo para entregar a pessoas que passaram pelo local, uma delas em um veículo automotor, aparentemente um Ford Escort, cor cinza e outra numa bicicleta. Consta que aos serem abordados, foi encontrado o valor de R\$ 20,00 em notas de R\$ 10,00 com o autor Wellington Aparecido dos Santos, e em meio ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

matagal onde os autores se deslocavam foi encontrada uma sacola verde contendo em seu interior 09 (nove) buchas prontas para o comércio e outros dois invólucros maiores que renderiam aproximadamente 15 (quinze) porções de substância análoga a Cannabis Sativa, popularmente conhecida como maconha; e ainda uma sacola de cor cinza, contendo uma balança de precisão de cor preta.

Como se vê, embora o autor Wellington Aparecido dos Santos, tenha assumido a propriedade de droga, há que se atentar às circunstâncias em que flagrado o requerente juntamente com os corréus, se deslocando de forma alternada ao interior do lote onde foram encontradas as substâncias ilícitas, coincidente com o teor das denúncias anônimas.

Ao contrário do que alega o requerente, a manutenção da prisão cautelar se faz necessária, para conveniência da instrução processual e garantia da ordem pública, ante a gravidade concreta do crime.

Diante disso, evidencia-se que qualquer outra medida diversa da prisão não surtirá efeito para o requerente.

O Tribunal *a quo*, em acórdão no qual ficou vencido o relator, que concedia a ordem, denegou o writ, tecendo as seguintes considerações (e-STJ fls. 53/63):

Peço vênia ao Desembargador Relator para divergir de seu voto.

Da análise dos autos, verifico que o paciente foi preso em flagrante delito no dia 20 de setembro de 2016 (f. 10/TJ), teve a sua prisão convertida em preventiva no dia 21 de setembro de 2016 (f. 48-48v./TJ) e o seu pedido de liberdade provisória indeferido no dia 29 de setembro de 2016 (f. 68/TJ).

Ao contrário do que entendeu o eminente Relator, quanto à manutenção da custódia cautelar do paciente, julgo que, ao converter a prisão em flagrante em preventiva, a douta magistrada a quo fundamentou suficientemente sua decisão com base nos pressupostos e requisitos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal, tendo em vista a necessidade de se garantir a ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal, conforme trechos a seguir transcritos:

"Inicialmente, é de se registrar que a prisão não redundou em ilegalidade e o procedimento atentou ao comando do artigo 304 e seguintes do CPP, inexistindo qualquer irregularidade a ensejar o relaxamento do flagrante (artigo 310, inciso I, do CPP).

Por outro lado, trata-se de hipótese de se converter a prisão em flagrante em preventiva, a teor do disposto nos artigos 310, inciso II, e 313, inciso I, do CPP, cuidando-se de crime de tráfico de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

drogas, cuja pena privativa de liberdade máxima ultrapassa quatro anos.

Nesse sentido, há prova da materialidade delitiva consubstanciada no laudo de constatação preliminar de fls.18/21, e os indícios de autoria são fortes, diante das circunstancias em que flagrados os indivíduos, tendo o autor Wellington Aparecido dos Santos, admitido a propriedade da droga.

Neste aspecto, embora o autor Wellington Aparecido dos Santos tenha aduzido que a droga ia ser consumida por ele e pelos demais corréus, há que se atentar às circunstancias em que flagrados, coincidentemente com o teor das denúncias anônimas, além de ter sido encontrada uma balança de precisão, comumente utilizada no tráfico de drogas, indicativo de que os autores se dedicavam ao comercio das substancias apreendidas.

Portanto, a prisão cautelar se justifica visando assegurar a aplicação da lei penal e garantir a ordem publica, evitando que em liberdade os agentes voltem a delinquir e trazer intranquilidade para a população. (f. 48-48v./TJ)."

Da mesma forma, entendo que a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória também se encontra devidamente fundamentada, senão vejamos:

"Ao contrario do que alega o requerente, a manutenção da prisão cautelar se faz necessária, para a conveniência da instrução processual e garantia da ordem pública, ante a gravidade concreta do crime.

Diante disso, evidencia-se que qualquer outra medida diversa da prisão não surtirá efeito para o requerente.

Portanto, diante dos argumentos acima expendidos e dos indícios suficientes de autoria e materialidade do delito em relação ao requerente, além da necessidade da garantia da ordem pública e conveniência da instrução processual, inadmissível se falar em revogação da prisão preventiva. (f. 68/TJ)."

Com efeito, o crime em tese praticado pelo paciente se revela de especial e concreta gravidade. Indubitavelmente, comprometem o meio social e autorizam a custódia cautelar, a fim de se evitar a repetição dos atos nocivos censuráveis e, com isso, garantir a ordem pública.

(...)

No mais, sabe-se que é possível a conjugação da prisão cautelar com o princípio da presunção de inocência, já que a própria Constituição da República (art. 5.º, LXI) prevê a possibilidade deste tipo de custódia, contanto que preservada a característica da excepcionalidade, subordinada à necessidade concreta, real, efetiva e fundamentada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desse modo, a manutenção da prisão do paciente não representa uma afronta às garantias constitucionais, mas, sim, medida em proveito da sociedade.

Além disso, atendido ao disposto no art. 312, do CPP, é possível a manutenção da prisão preventiva de suposto autor de crime doloso com pena máxima cominada superior a quatro anos (art. 313, I, do CPP), logo, está devidamente justificada a medida constritiva, uma vez que a reprimenda abstrata prevista para o delito de tráfico de entorpecentes ultrapassa esse patamar.

Quanto às alegadas condições pessoais favoráveis do paciente, ainda que existentes, não são isoladamente suficientes a justificar uma ordem de soltura.

Por fim, cumpre salientar que as medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal não são adequadas para o caso em análise, tendo em vista a gravidade concreta e real do delito supostamente praticado.

Feitas essas considerações, entendo necessária a manutenção da prisão preventiva, pois presentes os pressupostos e requisitos que autorizam a custódia cautelar do paciente, razão pela qual
DENEGO A ORDEM.

É como voto.

Nota-se que as decisões todas fazem referências apenas a ponderações sobre a gravidade abstrata do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, bem como relativas ao mal social decorrente de sua prática.

Ressalte-se que a jurisprudência pátria posiciona-se no sentido da impossibilidade de se recolher alguém ao cárcere se inexistentes os pressupostos autorizadores da medida extrema, previstos na legislação processual penal.

No ordenamento jurídico vigente, a liberdade é a regra. A prisão antes do trânsito em julgado, cabível excepcionalmente e apenas quando concretamente comprovada a existência do *periculum libertatis*, deve vir sempre baseada em fundamentação concreta, não em meras conjecturas.

Registre-se, ainda, que a prisão preventiva se trata propriamente de uma prisão provisória; dela se exige venha sempre fundamentada, uma vez que ninguém será preso senão por ordem escrita e **fundamentada** de autoridade judiciária competente (Constituição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da República, art. 5º, inciso LXI). Mormente porque a fundamentação das decisões do Poder Judiciário é condição absoluta de sua validade (CRFB, art. 93, inciso IX).

Na hipótese dos autos, contudo, depreende-se que as decisões não indicaram elementos concretos a justificar a segregação do paciente.

Inicialmente, note-se que a gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas não serve de fundamento para a imposição de custódia cautelar, porquanto o pleno do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da expressão "e liberdade provisória", constante do art. 44 da Lei nº 11.343/2006, determinando a apreciação dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, para que, se for o caso, seja decretada a segregação cautelar.

Nesse contexto, não se mostra suficiente para a segregação cautelar *in casu* as ponderações do Magistrado singular a respeito da gravidade abstrata do crime, bem como quanto aos seus efeitos nefastos para a sociedade, porquanto não foi apontado qualquer elemento relativo ao caso em exame que embase a necessidade de excepcional medida constritiva, o que se afigura inadmissível.

Com efeito, "Nem a gravidade abstrata do delito, nem a natureza hedionda do tráfico de drogas, tampouco a simples referência à perniciosidade social do crime e a meras conjecturas, sem nenhuma menção a fatores reais de cautelaridade, servem de motivação idônea para a manutenção da prisão preventiva do réu" (HC n. 288.589/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 25/04/2014).

A prisão provisória – que não deve se confundir com a prisão-pena (*carcer ad poenam*) – não detém o objetivo de atribuir punição ao agente que, em tese, praticou uma conduta típica.

A finalidade específica do cárcere cautelar deve ser a de possibilitar o desenvolvimento válido e regular do processo penal. Vale dizer, somente há de ser decretado quando houver nos autos elementos concretos que indiquem a real possibilidade de obstrução na colheita de provas, ou a real possibilidade de reiteração da prática delitiva, ou quando o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agente demonstre uma intenção efetiva de não se submeter à aplicação da lei penal.

Assim, afirmações genéricas e abstratas sobre a gravidade genérica do delito não são bastantes para justificar a custódia preventiva, caso não haja o apontamento de algum elemento concreto que a fundamente, mormente diante da existência de condições pessoais favoráveis ao paciente, como a primariedade. Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA.

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. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a segregação cautelar é medida excepcional, mesmo no crime de tráfico de entorpecentes. Assim, o decreto de prisão processual não dispensa a especificação concreta de que a custódia atende a pelo menos um dos requisitos do art. 312 do CPP, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação.

3. Caso em que as instâncias ordinárias motivaram a necessidade da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal, destacando a hipotética possibilidade de descumprimento de outras medidas cautelares, e para acautelar a ordem pública, com base na gravidade abstrata do crime, bem como na preocupação com a credibilidade da Justiça.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão do paciente, se por outro motivo não se achar custodiado, sem prejuízo de que outra venha a ser decretada de forma fundamentada ou que sejam aplicadas as medidas cautelares alternativas à prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. (HC-311.285/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, Quinta Turma, j. em 20/8/2015, DJ de 8/9/2015).

[...] 3. As instâncias ordinárias entenderam devida a prisão preventiva do paciente, com base tão somente em elementos inerentes ao próprio tipo penal em tese violado (como a inafiançabilidade e a hediondez do crime de tráfico, bem como o fato de o tráfico fomentar a prática de outros delitos), sem, no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entanto, terem apontado nenhum elemento concreto que, efetivamente, evidenciasse que o paciente, solto, pudesse colocar em risco a ordem pública ou a ordem econômica, ou mesmo se furtar à aplicação da lei penal.

4. A prevalecer a argumentação dessas decisões, todos os crimes de tráfico ensejariam a prisão cautelar de seus respectivos autores, o que não se coaduna com a excepcionalidade da prisão preventiva, princípio que há de ser observado para a convivência harmônica da cautela pessoal extrema com a presunção de não culpabilidade.

5. Habeas corpus concedido, para tornar definitivos os efeitos da liminar anteriormente deferida e, consequentemente, cassar a prisão preventiva do paciente, [...] (HC-316.708 / SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 30/6/2015, DJe 3/8/2015).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Entretanto, **concedo a ordem** de ofício, para determinar a soltura do paciente, se por outro motivo não estiver preso, sob a imposição das medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319, incisos I e IV, do Código de Processo Penal, sem prejuízo de que seja decretada nova custódia, com base em fundamentação concreta, caso demonstrada sua necessidade, bem como de que sejam eventualmente fixadas outras medidas cautelares constantes do referido art. 319 pelo Juízo local.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0321447-2

HC 381.451 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0052282122016 10000160753562000 2016020566786001 20164546000943005005
52282122016

EM MESA

JULGADO: 21/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

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

IMPETRANTE : WALQUIR ROCHA AVELAR JUNIOR
ADVOGADO : WALQUIR ROCHA AVELAR JUNIOR - MG087025
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : IURI LOURENCO DE ASSIS (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Prisão Preventiva

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.