



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.663 - SP (2016/0322472-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA - SP239877
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ERIVELTON EDUARDO DA COSTA MARQUES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE SOCIAL. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES DO ART. 319 DO CPP. INVIABILIDADE. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo 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.

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. Na hipótese, é necessário verificar que a decisão do Magistrado de primeiro grau e o acórdão impetrado encontram-se fundamentados na garantia da ordem pública, considerando as circunstâncias do caso concreto, uma vez que o acusado foi flagrado na posse de considerável e variada quantidade de drogas – 1,6g de cocaína divididos em 06 *eppendorfs*, 12g da mesma droga na forma de *crack* em 32 porções, 215g de maconha distribuídos em 65 invólucros e 105 recipientes de lança-perfume -, elementos esses que demonstram a gravidade da conduta perpetrada e a periculosidade social do paciente, apontando para o seu significativo envolvimento com o crime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de tráfico de drogas, justificando-se, nesse contexto, a segregação cautelar como forma de resguardar a ordem pública.

4. Eventuais condições subjetivas favoráveis ao paciente não são impeditivas à decretação da prisão cautelar, caso estejam presentes os requisitos autorizadores da referida segregação. Precedentes.

5. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão; o contexto fático indica que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública.

6. *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 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 381.663 - SP (2016/0322472-3)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA - SP239877
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ERIVELTON EDUARDO DA COSTA MARQUES (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ERIVELTON EDUARDO DA COSTA MARQUES contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2205273-83.2016.8.26.0000).

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante no dia 27/9/2016, convertida a custódia em preventiva, pela suposta prática do crime de tráfico de drogas.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* originário, com pedido liminar, perante a Corte estadual, alegando, em síntese, ausência dos requisitos e de fundamentação concreta para a prisão preventiva do paciente, bem como a desproporcionalidade da medida. O Tribunal de origem, contudo, denegou a ordem, recebendo o acórdão a seguinte ementa (e-STJ fl. 24):

"Habeas Corpus". Tráfico de drogas. Conversão da prisão em flagrante em preventiva. Decisão fundamentada nos preceitos legais e em detalhes do caso concreto. Revogação da custódia cautelar. Impossibilidade. Inteligência dos artigos 312 e 313, inciso I, do Código de Processo Penal. Necessidade de manutenção da ordem pública. Inaplicabilidade das medidas cautelares previstas no artigo 319 do mesmo Estatuto Processual. Constrangimento ilegal não verificado de plano. Ordem denegada liminarmente, dispensadas informações da autoridade apontada como coatora.

Na presente oportunidade, a Defensoria Pública reitera a alegação da falta de fundamentação idônea na decisão impugnada. Sustenta que o decreto prisional teria se baseado apenas na gravidade do delito, destacando, mais uma vez, a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei de Drogas, que vedava a concessão de liberdade provisória aos acusados por crime de tráfico.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ressalta que o paciente é primário, sendo possível, no caso, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. Alega, ademais, a desproporcionalidade da medida, ao vislumbrar que, em caso de condenação, o paciente poderá ser beneficiado com a redução da pena, com um regime prisional mais brando ou mesmo com a substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos.

Diante disso, pugna, liminarmente e no mérito, pela expedição de alvará de soltura em favor do paciente.

O pleito urgente foi indeferido (e-STJ fls.37/39).

Prestadas as informações (e-STJ fl. 49), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* (e-STJ fls. 56/62).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.663 - SP (2016/0322472-3)

VOTO

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

Inicialmente, cumpre analisar a adequação da via eleita para a manifestação da irresignação contra o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

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.

No caso, a impetração insurge-se contra acórdão do Tribunal de origem que denegou a ordem pleiteada em prévio *writ*, o que, de acordo com a nossa sistemática recursal, enseja a hipótese do recurso ordinário previsto no art. 105, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal.

Dessa forma, o *habeas corpus* em tela não merece conhecimento.

Contudo, a coação ilegal apontada na inicial será analisada, a fim de verificar a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça.

A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na hipótese, a decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva encontra-se assentada nos seguintes termos, no que interessa (e-STJ fls. 12/13):

*No presente caso, há indícios suficientes de autoria e da prova da existência do crime, segundo se inferem pelos depoimentos das testemunhas Flavio e Wellington, como também pelo auto de exibição e apreensão e laudo de constatação provisória, de que as testemunhas estavam em diligências quando se depararam com o averiguado, que estava com o adolescente Cauan, decidiram **abordá-lo, quando ele jogou uma sacola no chão, tendo apreendido no interior desta 65 invólucros de maconha, 32 saquinhos de crack, 6 pinos de cocaína e 105 recipientes de lança perfume.** (...) A despeito de o averiguado não ser reincidente, o crime de tráfico tem pena máxima de quinze anos, superior, portanto, a quatro anos, e a ordem pública está ameaçada com a sua soltura, pois o crime de tráfico traz conseqüentes nefastas para a sociedade, minando o seu cerne, que é a família, e gerando um número sem fim de crimes graves, tais quais, o tráfico de armas e de pessoas, roubos, etc. Além de que, este crime é inafiançável, nos termos dos artigos 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e 323, inciso II, do Código de Processo Penal, o que não recomenda a substituição da segregação cautelar por outras medidas cautelares. Por fim, não é cabível a concessão de liberdade provisória para os casos de tráfico de drogas, nos termos do artigo 44 da Lei nº 11.343 de 2006. Em relação á decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso em habeas corpus nº 104.339, esta foi proferida de forma não unânime e em caráter não vinculante" (fls. 26/28). (g.n.).*

O Tribunal de origem, por sua vez, em sede de *habeas corpus* lá impetrado, também manteve a segregação do paciente (e-STJ fls. 23/34):

(...) Consta que o paciente foi preso em flagrante e o adolescente Cauan Elias Vieira Santos apreendido porque, no dia 27 de setembro último, acabaram surpreendidos por policiais militares com 1,6g de cocaína divididos em 06 eppendorfs, 12g da mesma droga na forma de crack em 32 porções, 215g de maconha distribuídos em 65 invólucros e 105 recipientes contendo tricloroetileno (fls. 07/14 e 18/22).

(...)

No caso concreto, diante do envolvimento de adolescente e da expressiva quantidade e variedade de drogas apreendidas - maconha e cocaína, inclusive na forma de crack, de extremado efeito deletério e intensamente nociva à higidez física ou psíquica de incautos usuários, a par de proeminente e indiscutível poder viciante nítida a acentuada periculosidade do agente, cuja prisão preventiva afigura-se imprescindível à garantia da ordem pública, inibindo o vil comércio e preservando lares ou famílias do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

esfacelamento proporcionado pela constante e nefasta ação de traficantes inescrupulosos. (...)

Com efeito, "se a conduta do agente – seja pela gravidade concreta da ação, seja pelo próprio modo de execução do crime – revelar inequívoca periculosidade, imperiosa a manutenção da prisão para a garantia da ordem pública, sendo despidendo qualquer outro elemento ou fator externo àquela atividade" (HC n. 296.381/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014).

Assim, à luz dos trechos acima transcritos, as instâncias ordinárias, ainda que tenham se reportado a fundamentos que, em tese, seriam inidôneos para a manutenção da segregação provisória, tais como, natureza hedionda do delito, malefício que o tráfico ocasiona à sociedade, igualmente encontram-se fundamentados na garantia da ordem pública, considerando as circunstâncias do caso concreto, uma vez que o acusado foi flagrado na posse de considerável e variada quantidade de drogas – 1,6g de cocaína divididos em 06 *ependorfs*, 12g da mesma droga na forma de *crack* em 32 porções, 215g de maconha distribuídos em 65 invólucros e 105 recipientes de lança-perfume -, elementos esses que demonstram a gravidade da conduta perpetrada e a periculosidade social do paciente, apontando para o seu significativo envolvimento com o crime de tráfico de drogas, justificando-se, nesse contexto, a segregação cautelar como forma de resguardar a ordem pública.

Registre-se, ademais, que eventuais condições subjetivas favoráveis ao paciente, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva.

No sentido do até então exposto, destaco os seguintes precedentes:

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. PRISÃO CAUTELAR. ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A prisão provisória é medida odiosa, reservada para os casos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

absoluta imprescindibilidade, demonstrados os pressupostos e requisitos de cautelaridade.

2. Na hipótese, não se vislumbra ilegalidade na manutenção da prisão cautelar dos recorrentes, eis que as circunstâncias do caso retrataram a gravidade concreta dos fatos, tendo em vista a natureza dos entorpecentes apreendidos com os acusados (46,2g de cocaína, 6, 4g de maconha e 0,2g de maconha), bem como as munições encontradas, sendo, ainda, destacado pelo juízo a quo "a possível associação dos conduzidos para o exercício do narcotráfico", o que evidencia-se risco para a ordem pública.

3. Ademais, o primeiro acusado seria renitente na prática delitiva, porquanto salientado pelo juízo de primeiro grau seus maus antecedentes, tudo a reforçar a necessidade de seu encarceramento.

4. Recurso a que se nega provimento. (RHC 55.565/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 5/3/2015, DJe 11/3/2015) – (grifei).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E ESPÉCIE DE DROGAS APREENDIDAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA.

[...] 2. A teor do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada quando presentes o *fumus comissi delicti*, consubstanciado na prova da materialidade e na existência de indícios de autoria, bem como o *periculum libertatis*, fundado no risco que o agente, em liberdade, possa criar à ordem pública/econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

3. No caso, a decisão do magistrado de primeiro grau, embora sucinta, encontra-se fundamentada na garantia da ordem pública, considerando a razoável quantidade de drogas apreendidas - 55,11g de maconha e 49,21g de cocaína -, sendo esta última altamente nociva ao usuário e à sociedade, circunstância que demonstra a gravidade da conduta perpetrada e a periculosidade social do agente.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 308.695/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 10/2/2015, DJe 23/2/2015) – (grifei).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. OCULTAÇÃO DE CADÁVER. REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. EVASÃO DO DISTRITO DA CULPA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. EXCESSO DE PRAZO NA APRECIÇÃO DOS RECURSOS EM SENTIDO ESTRITO. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

[...] 4. **Condições subjetivas favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva.**

[...] 9. Ordem denegada, com recomendação para o Tribunal de origem imprimir maior agilidade no julgamento do recurso em sentido estrito. (HC 315.167/AL, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 25/8/2015, DJe 11/9/2015) – (grifei).

De outro vértice, Não prospera a assertiva de que a custódia cautelar é desproporcional à futura pena do paciente, pois só a conclusão da instrução criminal será capaz de revelar qual será a pena adequada e o regime ideal para o seu cumprimento, sendo inviável essa discussão nesta ação de Habeas Corpus (HC n. 187.669/BA, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Quinta Turma, julgado em 24/5/2011, DJe 27/6/2011).

Por fim, as circunstâncias que envolvem o fato demonstram que outras medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal não surtiriam o efeito almejado para a proteção da ordem pública. O mesmo entendimento é perfilhado por esta Corte Superior, a exemplo destes precedentes:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO CAUTELAR. GRAVIDADE CONCRETA. CIRCUNSTÂNCIAS. QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

[...] 2. Não é ilegal o encarceramento provisório decretado para o resguardo da ordem pública, em razão da gravidade in concreto do delito, indicadora, na dicção do juízo de primeiro grau, de "conduta nociva da agente, lesando profundamente a saúde pública". A magistrada ressaltou que "as circunstâncias incriminadoras foram caracterizadas pela apreensão de expressiva quantidade de entorpecente (cocaína), embalada em 13 cápsulas do tipo eppendorf, além de 58 eppendorfs vazios, e uma porção de maconha envolvida em um saco plástico, cento e trinta e um reais e quarenta centavos em notas e moeda, bem como uma espingarda de pressão (modificada, sem marca e números aparentes, duas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

máscaras e três munições intactas, calibre 12", tudo a conferir lastro de legitimidade à medida extrema.

3. Nesse contexto, indevida a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, porque insuficientes para resguardar a ordem pública.

4. *Ordem denegada.* (HC 323.026/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 1/9/2015, DJe 17/9/2015) – (grifei).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. QUANTIDADE DE ESTUPEFACIENTE APREENDIDO. HISTÓRICO CRIMINAL DO RÉU. APETRECHOS DO NARCOTRÁFICO. PERICULOSIDADE SOCIAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CUSTÓDIA NECESSÁRIA E JUSTIFICADA. DESPROPORCIONALIDADE DO ENCARCERAMENTO ANTECIPADO. INOCORRÊNCIA. PROVIDÊNCIAS CAUTELARES MENOS GRAVOSAS. INSUFICIÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

[...] 3. *A quantidade de material tóxico apreendido - 690,7 gramas de maconha -, o histórico criminal do réu, o fato deste haver sido preso no exato momento em que iria entregar a droga para um usuário e, ainda, de haver sido encontrada em sua residência uma balança de precisão, indicam a dedicação à traficância, autorizando a preventiva.*

4. *Não há como, em sede de habeas corpus, concluir que o denunciado será beneficiado com a aplicação da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, ou mesmo com regime prisional diverso do fechado, sobretudo tendo em vista a quantidade de material tóxico apreendido.*

5. Indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando esta encontra-se justificada na gravidade concreta do delito e na periculosidade social do réu, indicando que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública.

6. *Habeas corpus não conhecido.* (HC 315.151/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 28/4/2015, DJe 25/5/2015) – (grifei).

Dessa forma, demonstrados os pressupostos e motivos autorizadores da custódia cautelar, elencados no art. 312 do CPP, não se vislumbra constrangimento ilegal a ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reparado por este Superior Tribunal de Justiça.

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

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0322472-3

HC 381.663 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00818376820168260050 20160000754585 22052738320168260000 818376820168260050

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	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA - SP239877
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ERIVELTON EDUARDO DA COSTA MARQUES (PRESO)

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