SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 563494 - SP (2020/0046162-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO MARIELA MONI MARTINS TOZETTO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	JOSE LUIS DE OLIVEIRA PEREIRA (PRESO)
PACIENTE	:	ADRIANO FILUCHAK (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **JOSE LUIS DE OLIVEIRA PEREIRA e ADRIANO FILUCHAK**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que os pacientes tiveram a prisão em flagrante convertida em preventiva pelo suposto cometimento do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Inconformada, a defesa impetrou prévio *writ* no Tribunal de origem, que denegou a ordem.

Neste *writ*, alega o impetrante, ausência de indícios de autoria em relação ao paciente Adriano. Defende serem fantasiosos os fatos narrados pelos policiais, pois não há lógica em o agente, após ter empreendido fuga e se escondido, permanecer com sacola de entorpecentes em mãos, quando poderia ter a dispensado.

Sustenta, ainda quanto a Adriano, ausência de elementos concretos para custódia cautelar, sendo certo que a reincidência, por si só, não constitui fundamento suficiente.

No tocante ao paciente Jose Luis, aduz que a preventiva está fundamentada na gravidade abstrata, na hediondez do delito e em meras alusões aos requisitos do art. 312 do CPP. Destaca que o paciente não pode ser penalizado com a medida extrema tão somente por está em situação de rua.

Requer, assim, a revogação da preventiva.

Liminar indeferida (e-STJ, fl. 128).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 136-137 e 151-152).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 164-169).

É o relatório.

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Nesse contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa a fim de verificar eventual constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem, de ofício.

O Juízo de primeiro grau converteu a prisão em flagrante dos pacientes em preventiva com base nos seguintes fundamentos:

> "1. Da regularidade do Auto de Prisão em Flagrante
> O flagrante está formalmente em ordem.
> Com efeito, de acordo com o relato dos policiais militares, que, por ora, não merecem ser afastados, na data de 6 de dezembro de 2019, por volta das 3h00,

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Documento eletrônico VDA24999116 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS Assinado em: 01/04/2020 17:38:40
Publicação no DJe/STJ nº 2883 de 03/04/2020 (Aguardando confirmação da publicação). Código de Controle do Documento: 17db0230-6984-4ae2-bc31-9633c8b9d3ff

em patrulhamento de rotina pela Vila Nova, os policiais avistaram dois indivíduos na Rua Pedro Lopes Dias, em conhecido ponto de venda de drogas e perceberam que tais indivíduos correram ao perceber a aproximação da viatura policial, sendo que um deles correu em direção ao Bar do Cachimbo e o outro correu na direção de uma viela que leva até um terreno baldio.
Inicialmente, os policiais foram atrás do indivíduo que correu em direção ao Bar do Cachimbo e o alcançaram. Em revista pessoal, os policiais encontraram, com tal agente, identificado como JOSÉ LUÍS DE OLIVEIRA PEREIRA, uma embalagem contendo 72 porções de cocaína, 109 pedras de crack e 6 porções de maconha, além de R$757,00 em dinheiro.
Em seguida, os policiais foram atrás do outro indivíduo e o encontraram em um terreno baldio. Com este segundo agente, identificado como ADRIANO FILUCHAK, os policiais localizaram 32 porções de cocaína e 34 porções de crack, além de R$120,00 em dinheiro. Em pesquisa ao sistema de informações, os policiais constataram que ADRIANO era procurado.
O local da abordagem, a quantidade da droga apreendida com os acusados e as quantias em dinheiro são indícios de que o entorpecentes se destinava ao comércio.
Então, JOSÉ LUÍS e ADRIANO foram detidos no exato momento em que traziam consigo entorpecentes, que, de acordo com os elementos colhidos no Auto de Prisão em Flagrante, se destinavam ao comércio.
Está caracterizado o flagrante próprio, do artigo 302, I, do Código de Processo Penal.
2. Da necessidade de conversão da prisão em flagrante em preventiva
O tráfico de drogas delito em tese praticado pelo autuado é apenado com reclusão, de 5 a 15 anos. Está, então, atendido o requisito objetivo do artigo 313, I, do Código de Processo Penal.
ADRIANO já era procurado.
Além disso, os dois acusados vivem em situação de rua e não exercem atividade lícita.
Então, em liberdade, não encontrariam obstáculos para prosseguir no comércio ilícito de drogas e para continuar a colocar a sociedade em risco.
Assim, como garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal,devem permanecer custodiados.
Estão também satisfeitos os requisitos do artigo 312, do Código de Processo Penal
[...]
Converto, pois, a prisão em flagrante em preventiva. Expeça-se o respectivo mandado" (e-STJ, fls. 89-92)

Consta ainda do acórdão impugnado:

"A ordem deve ser denegada.Com efeito, verifica-se pelo exame superficial dos elementos indiciários colhidos no procedimento investigatório, que deu suporte ao oferecimento da denúncia, compatível com a natureza restrita do remédio heroico, a existência de prova da materialidade e de indícios da autoria do crime imputado aos pacientes José Luís e Adriano, que, segundo consta, no dia a 06 de dezembro de 2019, por volta das 03h, na Rua Pedro Lopes Dias, Vila Nova, traziam consigo, para fim de tráfico, respectivamente, 109 porções de crack, 72 porções de cocaína e 06 porções de maconha, e 34 porções de crack e 32 porções de cocaína, substâncias entorpecentes e causadoras de dependência física e psíquica.
Nesse sentido, os depoimentos prestados pelos policiais militares (fls. 7/10), agentes públicos que gozam da presunção de idoneidade no exercício da função e em relação aos quais, até então, não pesa qualquer suspeição.
Assim sendo, verifica-se que os pacientes foram presos em flagrante em contexto que, pelas circunstâncias em que se desenvolveram os fatos e pela quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos, se podia perfeitamente presumir que se destinavam ao comércio ilegal.
Portanto, estão presentes os pressupostos da prisão cautelar, tendo em vista que a prova até aqui produzida, nos limites em que ela pode ser examinada no âmbito estreito do habeas corpus, indica o envolvimento dos pacientes na

disseminação de drogas. Trata-se de atividade nefasta, que deve ser coibida com rigor, de modo que é cabível, no caso, a custódia preventiva, para garantia da ordem pública.

Ademais a decisão que decretou a prisão preventiva não ostenta qualquer vício de fundamentação, satisfazendo plenamente as exigências do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, sendo consistentes e juridicamente corretas as razões invocadas pela autoridade impetrada, de modo que não comporta alteração.

Referida decisão deixa clara a legalidade da prisão em flagrante, destacando que havia situação flagrancial, eis que os pacientes foram surpreendidos pelos policiais quando traziam consigo as drogas ou seja, quando praticavam o crime, que possui natureza permanente.

Ademais, como cediço, convertida a prisão em flagrante em preventiva, em razão da presença de seus requisitos, resta prejudicada a alegação de sua nulidade, pois a custódia decorre de novo título.

A decisão também faz menção à presença dos pressupostos e fundamentos da prisão preventiva, à existência de prova da materialidade da infração, de indícios de autoria, à gravidade do delito de tráfico de drogas, equiparado a hediondo, ao fato de que "havia quantidade significativa de entorpecente, bem como significativa quantia em dinheiro, evidenciando não se tratar de evento episódico ou isolado e indicativos de periculosidade social acentuada", destacando-se, ainda, que Adriano já se encontrava na condição de foragido da Justiça, tudo a revelar a necessidade da medida para garantia da ordem pública,conveniência da instrução criminal e, em tese, aplicação da lei penal (fls. 60/61dos autos principais).

Assim, estando devidamente motivada pela autoridade impetrada, cuja convicção não pode ser desconsiderada, pois é ela quem está próxima dos fatos, dos acusados e das testemunhas neles envolvidas, e, por isso, pode avaliar, com maior precisão e segurança, a necessidade da custódia cautelar, a decisão merece ser prestigiada.

É importante salientar, ainda, que o tráfico de entorpecentes é delito de gravidade diferenciada, tanto que legalmente equiparado aos hediondos, deixa em sobressalto a população, abala a tranquilidade social e, portanto, afronta à ordem pública.

Ressalte-se que, no caso, medidas diversas da prisão seriam claramente inadequadas, insuficientes e gerariam sentimento de impunidade, ainda mais se tratando de crime tão nefasto, como o tráfico de entorpecentes.

Vale destacar, também, que o delito de tráfico é punido com pena máxima superior a quatro anos, o que, nos termos do artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.403/11, autoriza a decretação da prisão preventiva.

Deve ser anotado, igualmente, que o não cabimento de liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e a negativa desse benefício aos autores de crimes hediondos, como é o caso dos autos, decorre do disposto no artigo 323, inciso II, do Código de Processo Penal,bem como da própria Constituição Federal, que, no seu artigo 5º, inciso XLIII, estabelece a inafiançabilidade de tais infrações.

Diante disso, estando presentes, no caso, os motivos autorizadores da prisão preventiva, sua manutenção é medida que se impõe, a despeito da declaração de inconstitucionalidade do artigo 44, da Lei nº 11.343/06, que veda a concessão de liberdade provisória ao indivíduo preso em flagrante pela prática do crime de tráfico de entorpecentes.Aliás, no que diz respeito à declaração de inconstitucionalidade do artigo 44, da Lei nº 11.343/06, é importante deixar anotado que ela se deu em sede de controle difuso e, por este motivo, não vincula os demais órgãos jurisdicionais. Portanto, o fato de ter sido reconhecida inconstitucional a vedação à liberdade provisória não significa que esta deva ser automaticamente concedida nos delitos de tráfico, sendo perfeitamente cabível a prisão preventiva quando demonstradas as hipóteses de incidência e seus requisitos legais, como na hipótese em exame.

Diante desse quadro, são irrelevantes as condições pessoais favoráveis dos pacientes, enaltecidas na impetração, visto que a necessidade da prisão é recomendada por outros elementos.

> Não há se falar, ainda, em violação ao princípio constitucional da presunção do estado de inocência, posto que se trata de custódia processual, decretada com observância dos preceitos constitucionais e legais pertinentes, por autoridade competente e decisão devidamente fundamentada, com fins estritamente cautelares, em razão da inequívoca presença dos pressupostos, requisitos e condições de admissibilidade da prisão preventiva.
> Portanto, inexiste constrangimento ilegal a ser reparado pela via do presente remédio constitucional.
> Ante o exposto, denega-se a ordem" (e-STJ, fls. 112-118).

Nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Como se vê, os indícios de autoria, nos termos da exigência contida no art. 312 do CPP, estão configurados no fato de que, consoante relatado no decreto preventivo, os pacientes ao perceberem a aproximação da viatura policial empreenderam fuga, José Luis para o Bar do Cachimbo e Adriano em direção a um terreno baldio. Os policiais lograram êxito em perseguir e capturar os agentes, sendo encontrado com José Luis 72 porções de cocaína (100,2g), 109 pedras de crack (22,6g), 6 porções de maconha (7,5g) e R$ 757,00 em dinheiro, e com Adriano 32 porções de cocaína (42,2g), 34 de *crack* (6,7g) e R$ 120,00 em espécie.

Como cediço, é incabível, na estreita via do *habeas corpus*, a análise de questões relacionadas à negativa de autoria, por demandarem o reexame do conjunto fático-probatório dos autos. Nessa linha: RHC 94.361/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 5/4/2018, DJe 18/4/2018; RHC 94.868/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/4/2018, DJe 18/4/2018; e HC 414.900/MT, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 3/4/2018, DJe 9/4/2018.

Quanto ao *periculum libertatis*, verifica-se que a custódia cautelar está suficientemente fundamentada na necessidade de garantir a ordem pública, pois, além de Adriano ser foragido da justiça, a gravidade concreta da conduta delituosa, em que foram apreendidos 104 porções de cocaína (142,4g), 143 pedras de *crack* (29,3g), 6 poções de maconha (6,7g) e R$ 769,00, em espécie, justifica a segregação cautelar.

Esta Corte, inclusive, possui entendimento reiterado de que a quantidade e a natureza do entorpecente encontrado com o agente, quando evidenciarem a maior reprovabilidade do fato, podem servir de fundamento para a prisão preventiva.

A propósito:

> "RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. FLAGRANTE CONVERTIDO EM PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. QUANTIDADE, NATUREZA DELETÉRIA E FORMA DE ACONDICIONAMENTO DAS DROGAS APREENDIDAS. CIRCUNSTÂNCIAS DOS DELITOS. NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE A SEGREGAÇÃO PREVENTIVA E PENA PROVÁVEL. INVIABILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO.
> 1. É inadmissível o enfrentamento da alegação acerca da desclassificação para o delito de porte de substância entorpecente para uso próprio, ante a necessária incursão probatória, incompatível com a via estreita do recurso ordinário em habeas corpus.
> 2. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Deve, ainda, ser

mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP.
3. A prisão preventiva foi adequadamente motivada, tendo sido demonstrada pelas instâncias ordinárias, com base em elementos extraídos dos autos, a gravidade concreta da conduta e a periculosidade do recorrente, evidenciadas pela quantidade, natureza deletéria e forma de acondicionamento das drogas localizadas - 34 gramas de cocaína na forma de tabletes -, circunstâncias que, somadas ao fato de a apreensão dos entorpecentes ter ocorrido após denúncias anônimas de que na residência funcionava uma boca de fumo, demonstram risco ao meio social, recomendando a sua custódia cautelar especialmente para garantia da ordem pública.
4. É entendimento do Superior Tribunal de Justiça que as condições favoráveis do recorrente, por si sós, não impedem a manutenção da prisão cautelar quando devidamente fundamentada.
5. Inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública.
6. Não há falar em desproporcionalidade entre o decreto prisional preventivo e eventual condenação, tendo em vista ser inadmissível, em recurso ordinário em *habeas corpus*, a antecipação da quantidade de pena que eventualmente poderá ser imposta, menos ainda se iniciará o cumprimento da reprimenda em regime diverso do fechado. Recurso ordinário desprovido."
(RHC 94.527/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/3/2018, DJe 2/4/2018).

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE *IN CONCRETO*. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. RESGUARDO DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM DENEGADA.
1. Ressalvado o entendimento do Supremo Tribunal Federal, proferido no HC n.º 126.292/SP, relativo à condenação já confirmada em segundo grau, esta Corte entende que a prisão cautelar - anterior à sentença condenatória definitiva - deve ser concretamente fundamentada, nos termos do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.
2. Hipótese em que não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. A custódia cautelar foi decretada para o resguardo da ordem pública, diante das concretas circunstâncias do crime, inclusive a quantidade e natureza da droga (52 papelotes de cocaína).
3. *Habeas corpus* denegado." (HC 430.293/ES, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/3/2018, DJe 11/5/2018).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus.*
Publique-se. Intimem.

Brasília, 01 de abril de 2020.

Ministro Ribeiro Dantas
Relator

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Documento eletrônico VDA24999116 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS Assinado em: 01/04/2020 17:38:40
Publicação no DJe/STJ nº 2883 de 03/04/2020 (Aguardando confirmação da publicação). Código de Controle do Documento: 17db0230-6984-4ae2-bc31-9633c8b9d3ff