



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 342.311 - SP (2015/0299844-3)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : BIBBIANA BERTOLACCINI VASCONCELOS
ADVOGADO : BIBBIANA BERTOLACCINI VASCONCELOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODOLFO TAMASSIA BERNABIO (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO ABSTRATA. INOCORRÊNCIA. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS E PASSAGENS POLICIAIS ANTERIORES. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO.

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 teor do art. 312 do Código de Processo Penal, a medida constritiva 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. A via do *habeas corpus*, ação de índole constitucional marcada por cognição sumária e rito célere, não permite dilação probatória, motivo pelo qual não é adequada para apreciação de pleito absolutório ou de desclassificação do delito de tráfico para o de uso de entorpecente fundado em insuficiência de provas.

4. Hipótese em que a prisão preventiva encontra-se fundamentada na garantia da ordem pública, consideradas a natureza e a razoável quantidade das drogas apreendidas (1,9g de cocaína, 2 pés de maconha e 32 selos de LSD), duas delas com alto poder viciante, e a existência de passagens policiais anteriores por outros crimes, persistindo ao menos uma ação penal em trâmite, circunstâncias que demonstram a gravidade da conduta perpetrada e a periculosidade social do agente.

5. Não merece guarida, em sede de *habeas corpus*, a discussão referente à ofensa ao princípio da proporcionalidade pela prisão preventiva, diante da possibilidade de fixação de regime prisional diverso do fechado na hipótese de condenação, pois não cabe ao impetrante presumir o regime de cumprimento da pena que poderá ser fixado quando do julgamento do feito.

6. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Brasília, 16 de fevereiro de 2016 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 342.311 - SP (2015/0299844-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário com pedido de liminar impetrado em favor de RODOLFO TAMASSIA BERNABIO, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Extraí-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. A custódia foi convertida em prisão preventiva pelo Juízo Plantonista da Comarca de Avaré/SP (e-STJ fls. 19/22).

Indeferido o pedido de liberdade provisória pelo juízo de primeira instância (e-STJ fls. 100/102), a defesa impetrou prévio *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, o qual denegou a ordem (e-STJ fls. 35/41).

No presente *writ*, a impetrante alega que o paciente sofre constrangimento ilegal porque: *a*) a quantidade de droga apreendida (1,9g de cocaína e um pé de maconha), aliada ao fato de que não foi presenciada nenhuma situação de mercancia, demonstra que tais substâncias eram destinadas ao consumo próprio, devendo ser desclassificado o delito imputado; *b*) os 32 papéis de LSD sopesados pelo decreto prisional e que foram encontrados próximos ao paciente não lhe pertenciam, sendo impossível determinar quem seria o detentor desses entorpecentes; *c*) a prisão não está amparada em fatos concretos, mas em suposições que nem sequer vieram a ser apresentadas no inquérito policial; *d*) a existência de denúncias anônimas que noticiam a traficância por parte do paciente não é suficiente à manutenção da segregação; e *e*) a gravidade do delito em abstrato, por si só, não justifica a custódia cautelar.

Ao final, requereu a concessão de medida *in limine litis*, com a expedição de alvará de soltura (e-STJ fls. 1/13).

Liminar indeferida (e-STJ fls. 48/49).

Informações prestadas pela autoridade apontada como coatora (e-STJ fls. 58/127) e pelo juízo primevo (e-STJ fls. 61/63).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (e-STJ fls. 70/73).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 342.311 - SP (2015/0299844-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

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.

A teor do art. 312 do Código de Processo Penal, a medida constritiva 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.

Segundo reiterada jurisprudência desta Corte de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a prisão cautelar, por constituir medida de caráter excepcional, somente deve ser imposta, ou mantida, quando demonstrada concretamente a sua necessidade, não bastando a mera alusão genérica à gravidade do delito.

No caso em exame, o juízo primevo decretou a prisão preventiva ao seguinte fundamento (e-STJ fls. 19/20):

Rodolfo Tamassia Benabio foi preso em flagrante pela prática, em tese de tráfico de drogas. Segundo consta nas cópias do flagrante, foram apreendidas 32 porções de "papeis" semelhantes ao alucinógeno LSD e duas porções de cocaína, prontas para comercialização, além de grande quantidade (*sic*) dinheiro. Os elementos até então coligidos apontam a materialidade e indícios de autoria do cometimento de crime grave, cuja pena privativa de liberdade máxima ultrapassa o patamar de 4 (quatro) anos. Os documentos juntados aos autos demonstram, ainda, que o agente teria outras passagens pela Autoridade Policial, tudo a indicar que faz da prática de crimes seu verdadeiro meio de vida. O art. 44, *caput*, da Lei nº 11.343/06 veda expressamente a concessão da liberdade provisória. Ainda que assim não fosse, na hipótese em exame, os pressupostos da cautelaridade estão presentes e a necessidade da manutenção da custódia cautelar encontra-se suficientemente demonstrada.

As circunstâncias do caso retratam a periculosidade *in concreto* do agente, considerando-se, sobretudo, o *modus operandi* do delito, a quantidade e natureza da droga apreendida, evidenciando autêntico risco para a saúde pública.

Os policiais que participaram da ocorrência disseram que os 32 (trinta e dois) comprimidos de LSD estavam próximo ao averiguado. Em diligência na residência do investigado, foi apreendido um vaso contendo dois pés de "Maconha". Além disso, os policiais afirmaram existir denúncias anônimas que relatam que o investigado estaria fazendo tráfico de drogas. Outrossim, relataram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o celular apreendido continha mensagens com dados de suposta venda de drogas. Por fim, salientaram que possivelmente existem dados de uma interceptação telefônica que possam fornecer mais informações acerca da suposta prática do delito de tráfico de drogas pelo investigado.

Desta forma, a cautelaridade no caso em tela estará representada por diversos dados concretos, e não por meio de requisitos meramente abstratos.

38): O Tribunal de origem manteve a custódia cautelar, destacando (-STJ fl.

Com efeito, considerando a existência da prova da materialidade do delito e indícios suficientes de autoria e, em face da natureza gravíssima do crime, equiparado a hediondo, que gera inegável desassossego social, trazendo grave inquietação e clamor público, o MM. Juízo *a quo*, em decisões suficientemente fundamentadas, converteu a prisão em flagrante do paciente em preventiva e a manteve, para garantia da ordem pública, ante a gravidade concreta do delito, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação de lei penal (fls. 62/68), não se mostrando cabível, *in casu*, a substituição da prisão cautelar por alguma das medidas cautelares previstas pela Lei nº 12.403/11.

Inicialmente, cumpre observar que a via do *habeas corpus*, ação de índole constitucional marcada por cognição sumária e rito célere, não permite dilação probatória, motivo pelo qual não é adequada para apreciação de pleito absolutório ou de desclassificação do delito de tráfico para o de uso de entorpecente fundado em insuficiência de provas.

Nesse sentido:

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. PROVAS DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA DELITIVA. PRESENÇA. NEGATIVA DE PARTICIPAÇÃO. INVIABILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. PACIENTE QUE RESPONDE A OUTROS PROCESSOS PELO MESMO TIPO DE DELITO. REITERAÇÃO. RISCO EFETIVO. PERICULOSIDADE. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. CUSTÓDIA FUNDAMENTADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. Para a decretação da prisão preventiva não se exige prova concludente da autoria delitiva, reservada à condenação criminal, mas apenas indícios suficientes desta, que, pelo cotejo dos elementos que instruem o mandamus, se fazem presentes.

2. A negativa de autoria veiculada na inicial da impetração é questão que não pode ser dirimida em sede de *habeas corpus*, por demandar o reexame aprofundado das provas colhidas no curso da instrução criminal, vedado na via sumária eleita.

3. A necessidade de cessar a reiteração criminosa é fundamento hábil para justificar a decretação e manutenção da prisão preventiva, a bem da ordem pública, quando há notícias nos autos de que o paciente responde a vários outros processos criminais, já ostentando, inclusive, uma condenação pelo delito de narcotráfico, evidenciando a existência de risco concreto de que, em liberdade, o acusado volte a delinquir.

4. *Habeas corpus* não conhecido (HC 283.202/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 25/02/2014).

Em face disso, neste momento processual mostra-se inviável rever a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conclusão do decreto prisional quanto à presença de indícios de autoria do delito imputado ao paciente.

Ademais, observa-se que os depoimentos prestados pelos policiais responsáveis pela apreensão são unânimes em afirmar que o LSD estava próximo do acusado (e-STJ fls. 75/76) e uma testemunha ouvida em sede policial afirma que as drogas pertenciam ao réu (e-STJ fl. 74).

Quanto à necessidade da segregação, cumpre considerar, inicialmente, que a gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas 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 n. 11.343/2006 pelo Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, forçoso convir que a decisão do magistrado de primeiro grau, convolada pelo Tribunal *a quo*, encontra-se fundamentada na garantia da ordem pública, consideradas a natureza e a razoável quantidade das drogas apreendidas (1,9g de cocaína, 2 pés de maconha e 32 selos de LSD), duas delas com alto poder viciante, e a existência de passagens policiais anteriores por outros crimes, persistindo ao menos uma ação penal em trâmite (e-STJ fls. 24/30), circunstâncias que demonstram a gravidade da conduta perpetrada e a periculosidade social do agente.

A propósito:

PROCESSO PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO CAUTELAR. GRAVIDADE CONCRETA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não é ilegal o encarceramento provisório decretado para o resguardo da ordem pública, em razão da gravidade *in concreto* do delito, cifrada na quantidade de substância entorpecente apreendida (66 gramas de maconha e 16 micro-pontos de LSD). Ressaltou-se, ainda, que o comércio "foi realizado nas proximidades de um clube bastante frequentado por jovens", além do fato de "o número de telefone do acusado ter sido repassado de um usuário para outro, o que sugere que a comercialização de entorpecente era por ele realizada de forma reiterada", tudo a conferir lastro de legitimidade à medida extrema.
2. Nesse contexto, indevida a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, porque insuficientes para resguardar a ordem pública.
3. Recurso a que se nega provimento. (RHC 60872/SC, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 25/9/2015).

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DIVERSIDADE DAS SUBSTÂNCIAS APREENDIDAS. RECURSO ORDINÁRIO 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, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem permite complementação de sua fundamentação pelas instâncias superiores (HC n. 93.498/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 18/10/2012).

II - Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam que a liberdade do ora recorrente acarretaria risco à ordem pública, notadamente se considerada a variedade das substâncias apreendidas em seu poder (11 micropontos de LSD, duas porções de maconha e uma porção de cocaína), circunstância que, na linha da jurisprudência desta eg. Corte, revela a indispensabilidade da imposição da medida excepcional (precedentes).

Recurso ordinário desprovido. (RHC 56975/SC, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 27/44/2015).

Por fim, importante salientar que discussão referente à ofensa ao princípio da proporcionalidade pela prisão preventiva, diante da possibilidade de fixação de regime prisional diverso do fechado, não merece guarida em sede de *habeas corpus*, pois não cabe ao impetrante presumir o regime de cumprimento da pena que poderá ser fixado quando do julgamento do feito.

Diante de todo o exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0299844-3

HC 342.311 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00002053420158260574 20150000753858 2053420158260574 21692004920158260000

EM MESA

JULGADO: 16/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

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	: BIBBIANA BERTOLACCINI VASCONCELOS
ADVOGADO	: BIBBIANA BERTOLACCINI VASCONCELOS
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: RODOLFO TAMASSIA BERNABIO (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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