



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 345.464 - SP (2015/0317275-9)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RODRIGO AUGUSTO TADEU MARTINS LEAL DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE CARLOS SILVA DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da Terceira Seção desta eg. Corte Superior, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

II - 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.

III - Na hipótese, a prisão preventiva para a garantia da ordem pública está devidamente fundamentada em elementos concretos extraídos dos autos, notadamente na quantidade e nocividade da droga apreendida - **trinta e nove porções de cocaína** - a evidenciar a habitualidade da prática do tráfico e o risco de reiteração delitiva.

IV - Condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, garantirem ao paciente a revogação da prisão preventiva, se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar.

V - Não é cabível a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão, **in casu**, haja vista estarem presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, consoante determina o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal.

Habeas Corpus não conhecido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de maio de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 345.464 - SP (2015/0317275-9)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado pela **Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, em benefício de JOSÉ CARLOS DA SILVA SANTOS, em face do v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante - o qual, posteriormente, converteu-se em preventiva - pela prática, em tese, do delito de tráfico de drogas.

Irresignada, a defesa impetrou **writ** perante a eg. Corte Estadual, que o denegou, à unanimidade.

Daí o presente **mandamus**, em que se aduz a ocorrência de constrangimento ilegal na prisão cautelar decretada sem a adequada fundamentação. Sustenta-se alega ainda a desproporcionalidade da custódia ante as peculiaridades do caso concreto.

Requer, ao final, a concessão da liberdade até a formação de juízo definitivo sobre a culpabilidade.

A liminar foi indeferida à fl. 152.

As informações foram prestadas às fls. 162-247.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 252-256, opinou pelo não conhecimento da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 345.464 - SP (2015/0317275-9)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da Terceira Seção desta eg. Corte Superior, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

II - 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.

III - Na hipótese, a prisão preventiva para a garantia da ordem pública está devidamente fundamentada em elementos concretos extraídos dos autos, notadamente na quantidade e nocividade da droga apreendida - **trinta e nove porções de cocaína** - a evidenciar a habitualidade da prática do tráfico e o risco de reiteração delitiva.

IV - Condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, garantirem ao paciente a revogação da prisão preventiva, se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

custódia cautelar.

V - Não é cabível a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão, **in casu**, haja vista estarem presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, consoante determina o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal.

Habeas Corpus não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

No que se refere à alegada ausência de fundamentação do decreto de prisão preventiva, cumpre destacar, no ponto, que a prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu **jus libertatis** antes do pronunciamento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 de sua fundamentação pelas instâncias superiores. (HC n. 93.498/MS, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Celso de Mello**, DJe de 18/10/2012).

Na hipótese, do r. **decisum** de primeira instância, que decretou a prisão preventiva, extrai-se o seguinte enxerto:

"À luz do artigo 310, II do Código de Processo Penal, presentes os requisitos constantes do art. 312 do mesmo Código. Assim, a prisão cautelar revela-se necessária para a garantia da ordem pública, a fim de evitar que a traficância seja disseminada entre a sociedade, pondo em risco milhares de vidas inocentes, lembrando que no conceito de ordem pública, insere-se a necessidade de preservar a credibilidade do Estado da Justiça, em face da intranquilidade que o crime de determinada natureza vêm gerando na comunidade local.

[...]

A quantidade de entorpecente apreendido (39 porções de cocaína) em poder de JHONATHAN LIMA NASCIMENTO e JOSÉ CARLOS SILVA DOS SANTOS, demonstra a gravidade concreta do delito, mostrando-se a necessidade da segregação para a garantia da ordem pública e social" (fl. 23).

Assim, verifica-se que a prisão preventiva para a garantia da ordem pública está devidamente fundamentada em elementos concretos extraídos dos autos, notadamente na quantidade e nocividade da droga apreendida - **trinta e nove porções de cocaína** - a evidenciar a habitualidade da prática do tráfico e o risco de reiteração delitiva.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE E GRAU DE NOCIVIDADE DAS SUBSTÂNCIAS APREENDIDAS. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

II - No caso, o decreto prisional está devidamente fundamentado, nos termos do art. 93, IX, da CF, em dados extraídos dos autos, notadamente pela apreensão em posse do paciente e da corré, além de R\$ 730,00, de 152 pinos de cocaína (totalizando 107,3 g) e 5 porções de maconha (totalizando 9,7 g), quantidade significativa de entorpecente, de alto grau de nocividade, que evidenciam a necessidade da prisão cautelar decretada em desfavor do recorrente, com vistas à garantia da ordem pública.

Recurso ordinário desprovido" (RHC n. 66.549/MG, **Quinta Turma, de minha relatoria**, DJe de 29/2/2016).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUESTÕES REFERENTES AO MÉRITO DA ACUSAÇÃO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. É idônea a decisão que decreta a prisão preventiva com fundamento em dados concretos extraídos dos autos, notadamente na quantidade de cocaína apreendida (25 **eppendorfs**) e no elevado grau de nocividade da substância, com indícios apontando para a prática habitual e reiterada do tráfico de drogas, o que revela a necessidade da custódia cautelar para a garantia da ordem pública.

[...]

3. **Writ** conhecido em parte e, nessa parte, **denegado**" (HC n. 323.666/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 29/6/2015).

É oportuno ressaltar, ademais, que condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, **por si sós**, garantirem ao paciente a revogação da prisão preventiva se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar. Nesse sentido: HC 221061/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 9/9/2014; HC 297221/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Marilza Maynard**, DJe de 10/9/2014; HC 297931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC 293706/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 1º/9/2014.

Por fim, revela-se inviável a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, haja vista estarem presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, consoante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

determina o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, **verbis**:

"Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

[...]

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)".

Nesse sentido, cito o seguinte precedente deste Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. MODO DE AGIR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. 3. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. AMEAÇA A TESTEMUNHA. DECISÃO FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. 4. APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO. NÃO CABIMENTO. 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

4. Estando presente a necessidade concreta da manutenção da custódia preventiva, as medidas cautelares alternativas à prisão, introduzidas com a Lei n. 12.403/2011, não se mostram suficientes e adequadas à prevenção e repressão do crime de tráfico de drogas, razão pela qual são inaplicáveis ao caso em análise.

5. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 269.690/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 26/2/2014).

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0317275-9

HC 345.464 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00329140820158260224 17572015 20150000912778 22059305920158260000
329140820158260224

EM MESA

JULGADO: 17/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RODRIGO AUGUSTO TADEU MARTINS LEAL DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE CARLOS SILVA DOS SANTOS (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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.