



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.590 - SP (2014/0292338-4)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : **FABRICIO NASCIMENTO DE PINA E OUTROS**
ADVOGADO : **FABRICIO NASCIMENTO DE PINA E OUTRO(S)**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **LEIDE DAIANA BARBOSA DA SILVA (PRESO)**

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO ORDINÁRIO. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO DOMICILIAR. TESE NÃO DEBATIDA NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

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 é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. O pleito referente à aplicação de prisão domiciliar não foi debatido na instância originária, o que impede seu exame pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância.

3. A prisão cautelar, como 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.

4. Hipótese em que a prisão cautelar, ainda que de forma sucinta, está devidamente fundamentada em elementos concretos, considerando a quantidade e a natureza da droga apreendida (165 *eppendorfs* de cocaína) e os locais da apreensão (residência dos corréus e bar – local de trabalho), o que demonstra a periculosidade da paciente e obsta a revogação da medida constritiva para a garantia da ordem pública.

5. Condições subjetivas favoráveis da acusada não impedem a segregação cautelar, quando presentes os requisitos que a autorizam.

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 20 de agosto de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.590 - SP (2014/0292338-4)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substituto de recurso ordinário com pedido liminar impetrado em favor de LEIDE DAIANA BARBOSA DA SILVA, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Extraí-se dos autos que a paciente foi presa em flagrante pela suposta prática do crime tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06. A custódia foi convertida em prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública (fls. 93/94).

Indeferido o pedido de liberdade provisória, a defesa impetrou prévio *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, o qual denegou a ordem (fls. 181/192).

No presente *writ*, os impetrantes alegam ausência de fundamentação idônea no decreto constitutivo, visto que não demonstrou, concretamente, a presença dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Aduzem que a segregação cautelar se deu com fundamento no art. 44 da Lei n. 11.343/2006, declarado inconstitucional, e na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, elementos que não seriam suficientes para justificar a manutenção da prisão.

Acrescentam, ainda, que a paciente é primária e possui bons antecedentes, residência fixa no distrito da culpa e ocupação lícita.

Requerem, inclusive liminarmente, a imediata expedição de alvará de soltura em favor da paciente e, subsidiariamente, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão ou a concessão de prisão domiciliar (fls. 1/17).

Liminar indeferida (fls. 197/198).

Informações prestadas pela autoridade apontada como coatora (fls. 207/220) e pelo juízo de primeiro grau (fls. 223/235).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do presente *writ* (fls. 239/244).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.590 - SP (2014/0292338-4)

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 é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

Inicialmente, insta observar que o pleito referente à aplicação de prisão domiciliar não foi debatido na instância originária, o que impede seu exame pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância.

Assim, passo à análise das demais teses de competência deste Tribunal.

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.

Segundo reiterada jurisprudência desta Corte de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a prisão cautelar, como medida de caráter excepcional, mesmos nos crimes de tráfico de drogas, 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, verifica-se, na decisão que converteu o flagrante em prisão preventiva, que, após denúncia anônima, policiais militares abordaram um casal (corréus na ação penal) em um bar, o qual afirmou que guardava entorpecentes em sua residência para a paciente. No local indicado pelos corréus, foi encontrado "um pacote contendo aproximadamente 500 eppendorf vazio em embalagem plástica, um invólucro de plástico contendo pó de cor bege e 120 eppendorf contendo pó de cor bege" (fl. 93). Em seguida, localizada a paciente, foram encontrados em sua residência R\$ 120,00 em espécie e, no bar em que trabalha, R\$ 150,00 em moeda de 1 Real e 45 eppendorf com o mesmo pó.

O magistrado singular indeferiu o pedido de liberdade provisória da paciente, ao seguinte fundamento (fls. 156/157):

A indiciado (*sic*) foi presa em flagrante delito por suposta infração ao artigo 33, "caput", da Lei 11.343/06 (tráfico de entorpecentes). Trata-se de delito assemelhado aos hediondos. Com efeito, o art. 2º, II, da Lei 8.072/90 impede a concessão de liberdade provisória, de modo que, apenas por este motivo, não seria possível conceder a liberdade provisória. Neste sentido: (...).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, no caso dos autos, estão presentes os motivos que permitem a decretação da prisão preventiva. Os elementos constantes nos autos atestam a existência do crime e de indícios suficientes de autoria, salientando-se que a acusada foi presa em flagrante por ter em depósito relevante quantidade de droga. Outrossim, não se pode olvidar que os fatos descritos na peça acusatória são muito graves. Infere-se, pois, que os elementos constantes nos autos, numa análise inicial, exigida neste momento, denotam a periculosidade da acusada, de modo que a manutenção de sua prisão é necessária para a garantia da ordem pública. No mais, diante da elevada pena imposta ao delito (de 5 a 15 anos de reclusão), é possível que solta, a acusada venha a tomar paradeiro ignorado, frustrando a aplicação da lei penal.

Por fim, como é cediço, bons antecedentes, primariedade, residência fixa e profissão definida não impedem a prisão cautelar. Neste sentido: (...).

Não se vislumbrando, destarte, nenhum abuso na capitulação do delito e se inferindo manifesto o risco à ordem pública, não é de ser deferido o pedido (...).

O Tribunal *a quo* reconheceu a necessidade da custódia cautelar para a garantia da ordem pública destacando (fl. 188):

(...) o crime imputado à paciente é grave. Não apenas porque o tráfico de entorpecente é abstratamente considerado como delito que atinge muito severamente a paz social, fomentando outros ilícitos e destruindo vidas e famílias, mas também porque à paciente foi atribuído o comércio de considerável quantidade de substância estupefaciente (160,7 gramas de cocaína) de elevada capacidade destrutiva e rápido poder viciante, no interior de seu bar (o que facilita a distribuição do entorpecente). Em outras palavras, existe a necessidade da custódia para a garantia de ordem pública pois, se colocada em liberdade acusada com esse perfil, há sério risco da conduta ilícita persistir.

Ressalte-se que, quanto à vedação legal da liberdade provisória, mesmo em caso de crimes hediondos (ou equiparados), remanesce a necessidade de fundamentação concreta para o indeferimento do pedido, prestigiando-se, assim, a regra constitucional da liberdade em contraposição ao cárcere cautelar, quando não houver sido demonstrada a necessidade de segregação.

A corroborar esse entendimento, ainda relativamente ao princípio da individualização da pena, cumpre lembrar que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria, deferiu pedido formulado no *Habeas Corpus* n. 104.339/SP e declarou a inconstitucionalidade da expressão "e liberdade provisória" constante do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, determinando que sejam apreciados os requisitos do art. 312 do CPP para que, se for o caso, seja mantida a segregação cautelar.

In casu, verifica-se que a prisão cautelar, ainda que de forma sucinta, está devidamente fundamentada em elementos concretos, considerando a quantidade e a natureza da droga apreendida (165 *eppendorfs* de cocaína) e os locais da apreensão (residência dos corréus e bar em que trabalha a paciente), o que demonstra a periculosidade da acusada e obsta a revogação da medida constritiva para a garantia da ordem pública.

A propósito:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (LEI 11.343/2006, ART. 33). PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

01. Prescreve a Constituição da República que o *habeas corpus* será concedido "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" (art. 5º, inc. LXVIII). O Código de Processo Penal impõe aos juízes e aos tribunais que expeçam, "de ofício, ordem de *habeas corpus*, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal" (art. 654, § 2º). Desses preceptivos infere-se que, no *habeas corpus*, devem ser conhecidas quaisquer questões de fato e de direito relacionadas a constrangimento ou ameaça de constrangimento à liberdade individual de locomoção. Por isso, ainda que substitutivo do recurso expressamente previsto para a hipótese, é imprescindível o seu processamento para perquirir a existência de "ilegalidade ou abuso de poder" no ato judicial impugnado (STF, HC 121.537, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma; HC 111.670, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma; STJ, HC 277.152, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma; HC 275.352, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma).

02. **Não há "ilegalidade ou abuso de poder" (CR, art. 5º, inc. LXVIII), de modo a autorizar a concessão do *habeas corpus*, na decisão que, fundamentadamente, descreve a gravidade das condutas delituosas imputadas ao réu e indica a necessidade da sua prisão cautelar** (STF, HC 113.203/RJ, Rel. Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 10/06/2014; HC 111.019, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 25/06/2013; STJ, HC 299.410/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 18/09/2014, RHC 51.035/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 03/03/2015). Cumpre ao julgador atentar que: I) "a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa, enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva" (STF, HC 95024, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 14/10/2008, STJ, RHC 51.072/MS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 23/10/2014); II) o fato de ter residência fixa e exercer atividade lícita são circunstâncias pessoais que, por si sós, não impedem a decretação da custódia cautelar (STF, HC 108.314, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13/09/2011, HC 112.642, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 26/06/2012; STJ, HC 297.256/DF, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 25/11/2014, RHC 44.212/SP, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 25/02/2014).

03. Salvo situações excepcionalíssimas, o pleito consistente na revogação da custódia cautelar fundado no excesso de prazo para formação da culpa não pode não conhecido se não foi suscitado perante o Tribunal *a quo*, pois importaria em supressão de instância (HC 299.772/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 24/03/2015, AgRg no HC 315.852/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 24/03/2015, HC 309.581/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 24/03/2015, HC 311.440/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 10/03/2015).

04. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 316644/BA, Rel. Min. NEWTON TRISOTTO - Desembargador convocado do TJ/SC, Quinta Turma, DJe 19/5/2015).(Grifos acrescidos).

RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. SEGUIMENTO NEGADO.

1. Pacífico é o entendimento nesta Corte Superior de que podem a periculosidade e os riscos sociais justificar a custódia cautelar, no caso de tráfico especialmente pela gravosa natureza ou quantidade da droga.
2. Legítima é a justificação do decreto de prisão na natureza e quantidade de 14 pedras de *crack*, não sendo desarrazoada a valoração dada ao material apreendido.
3. Recurso improvido. (RHC 49177/MG, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 29/9/2014).

Assim, suficientemente fundamentado o decreto construtivo, não há que se falar em constrangimento ilegal.

Registre-se, por fim, que as condições subjetivas favoráveis da acusada não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos que a autorizam. Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DO CRIME. REITERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO.

1. Admite-se, excepcionalmente, a segregação cautelar do agente, antes da condenação definitiva, nas hipóteses previstas no art. 312 do Código de Processo Penal.
2. No presente caso, a prisão preventiva está devidamente justificada, em razão dos antecedentes criminais do paciente e das circunstâncias concretas do crime - o recorrente foi preso em flagrante com 11 (onze) papérolas de cocaína e outros 5 (cinco) de maconha, os quais estavam em condições propícias a serem comercializados, devido às formas de embalagem, além da quantia de R\$ 180,00 (cento e oitenta reais) - fatores que demonstram a necessidade da prisão preventiva para a garantia da ordem pública.
3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, as condições pessoais favoráveis, como primariedade, residência fixa e trabalho lícito não são suficientes para assegurar a liberdade, quando há elementos concretos a justificar a prisão cautelar.
4. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento. (RHC 52.448/MS, Rel. Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME - Desembargador Convocado do TJ/SP - Quinta Turma, DJe 12/12/2014).

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO COM BASE EM ELEMENTOS CONCRETOS DO CASO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

1. A prisão preventiva constitui medida excepcional ao princípio da não culpabilidade, cabível, mediante decisão devidamente fundamentada e com base em dados concretos, quando evidenciada a existência de circunstâncias que demonstrem a necessidade da medida extrema, nos termos dos arts. 312 e seguintes do Código de Processo Penal.
2. Na espécie, as instâncias ordinárias, ao manterem a segregação cautelar do recorrente em razão da garantia da ordem pública, fizeram-no apoiadas em sua periculosidade social, revelada pela quantidade e variedade de droga apreendida, aliada ao fato de ter sido encontrada uma arma de fogo muniada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em seu poder.

3. Eventuais condições pessoais favoráveis do recorrente não possuem o condão de, por si sós, conduzir à revogação da prisão preventiva.

4. Recurso em *habeas corpus* improvido. (RHC 38.745/GO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe 19/12/2013).

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0292338-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 308.590 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00052724520148260596 20140000645549 21761787620148260000 49582014
52724520148260596

EM MESA

JULGADO: 20/08/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO JOSÉ GISI**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: FABRICIO NASCIMENTO DE PINA E OUTROS
ADVOGADO	: FABRICIO NASCIMENTO DE PINA E OUTRO(S)
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: LEIDE DAIANA BARBOSA DA SILVA (PRESO)
CORRÉU	: GLEISON DE SOUZA DE ALCANTARA
CORRÉU	: DENISE DUARTE DE SOUZA

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, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.