



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 375.904 - SP (2016/0278193-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : JOSE EDUARDO BARREIROS
ADVOGADO : JOSÉ EDUARDO BARREIROS - SP312634
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEX DE PAULA MARTINS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NOCIVIDADE E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS (MAIS DE 100 PEDRAS DE CRACK). PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DA INTERFERÊNCIA ESTATAL. PACIENTE PRIMÁRIO. NÃO IMPEDITIVO DE PRISÃO CAUTELAR. PROTEÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. POSSIBILIDADE CONCRETA DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

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 qualidade e quantidade de substância entorpecente apreendida (mais de 100 porções de crack e 1 porção de cocaína) justificaria, por si só, a interferência estatal com a decretação da prisão preventiva, ante a periculosidade do agente e a necessidade de acautelamento da ordem pública.

3. Ademais, constata-se a habitualidade da conduta do paciente, uma vez que já existiam denúncias de que o comércio ilícito de drogas ocorria no local, sendo a prisão em flagrante decorrente de mandado de busca e apreensão realizada no local, o que se evidencia receio concreto de reiteração delitiva, fundamento considerado por esta Corte Superior como idôneo para a manutenção da custódia cautelar.

4. Justifica-se a manutenção da prisão preventiva como garantia da ordem pública, para interromper a atuação do paciente no cometimento de delitos.

5. Condições subjetivas favoráveis ao paciente, como ser tecnicamente primário e possuir residência fixa, não são impeditivas da sua prisão cautelar, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva ou subjetiva que autorizem a decretação do cárcere .

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

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 375.904 - SP (2016/0278193-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : JOSE EDUARDO BARREIROS
ADVOGADO : JOSÉ EDUARDO BARREIROS - SP312634
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEX DE PAULA MARTINS (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, impetrado em favor de ALEX DE PAULA MARTINS – preso em flagrante pela suposta prática do crime previsto no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, sendo a custódia convertida em prisão preventiva – contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2122214-03.2016.8.26.0000)

A defesa alega, em síntese, a inidoneidade da fundamentação do decreto prisional.

Sustenta, ainda, ser o paciente primário, além de possuir bons antecedentes, trabalho fixo e família constituída.

Argumenta, também, que o delito praticado pelo paciente amolda-se de forma mais adequada à conduta tipificada como tráfico privilegiado, prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Por fim, aduz ser possível a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, em substituição à segregação cautelar.

Diante disso, requer, em liminar e no mérito, seja concedida a ordem, com expedição do devido alvará de soltura.

O pedido de liminar foi indeferido. (e-STJ fls. 104/107).

As informações foram prestadas às (e-STJ fls. 115/124).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem postulada. (e-STJ fls. 128/132).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 375.904 - SP (2016/0278193-2)

VOTO

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

Acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto 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.

Nesse sentido, encontram-se, por exemplo, estes julgados: HC 313.318/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgamento em 7/5/2015, DJ de 21/5/2015; HC 321.436/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/5/2015, DJ de 27/5/2015.

No entanto, nada impede que, de ofício, este Tribunal Superior constate a existência de ilegalidade flagrante, circunstância que ora passo a examinar.

Busca-se, em síntese, neste *writ*, a revogação da prisão cautelar do paciente, acusado da prática do crime de tráfico de drogas, ao argumento de ausência dos pressupostos legais autorizadores da prisão preventiva.

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, que assim dispõe:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Quanto aos pressupostos/requisitos da prisão preventiva, colhem-se estas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

lições do Professor Guilherme de Souza Nucci:

*Entende-se pela expressão **[garantia da ordem pública]** a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente.*

*[A **conveniência da instrução processual**] é motivo resultante da garantia da existência do devido processo legal, no seu aspecto procedimental. A conveniência de todo processo é realização da instrução criminal de maneira lisa, equilibrada e imparcial, na busca da verdade real, interesse maior não somente da acusação, mas, sobretudo, do réu. Diante disso, abalos provocados pela atuação do acusado, [...] a fuga deliberada do local do crime, [...] dentre outras.*

***Asseguração da aplicação da lei penal:** significa garantir a finalidade útil do processo, que é proporcionar ao Estado o exercício do seu direito de punir, aplicando a sanção devida a quem é considerado autor de infração penal Nucci, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2014, p. 699, 708 e 710).*

Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que prisão cautelar esteja pautada em motivação concreta, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

Mister consignar que o paciente foi preso em flagrante durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão em sua residência, onde foram localizadas centenas de pedras de “crack” (69,942g), separadas em diversas e um invólucro plástico contendo uma pequena porção de cocaína (0,681g), além de *materiais destinados à embalagem de entorpecentes*, conforme individualizou o Parquet estadual em sua denúncia (e-STJ fl. 119)

A decisão judicial que converteu a prisão em flagrante em preventiva fundamentou-se da seguinte forma: (e-STJ fl. 22):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Assim, torna-se imperioso que o investigado permaneça detido, visando à garantia da ordem pública, pois, se colocado em liberdade, poderá continuar a prática da traficância e até mesmo fugir do distrito da culpa, em prejuízo da instrução criminal e a eventual aplicação da lei penal.

[...]

O acórdão que ratificou a decisão de primeira instância, a qual decretou a prisão preventiva do paciente, restou fundamentada nos seguintes termos: (e-STJ fl. 22):

[...]

A prisão, que não padece de nenhum vício, em tais condições, deve ser preservada, não caracterizando constrangimento algum, até porque presentes os requisitos para a custódia preventiva.

É perfeitamente razoável a prisão preventiva para garantia da ordem pública. Não há mesmo razão para a revogação da custódia, porque clara a necessidade de preservação da ordem pública, arranhada pela ação examinada. A ordem pública é ofendida quando a conduta do agente provoca algum impacto na sociedade, lesando valores significativamente importantes.

No caso, o paciente foi surpreendido com elevada quantidade de droga em sua residência, após denúncia de que ele praticava tráfico no local.

Ademais, ressalte-se que a Lei n.º 12.403/11, ainda que de forma excepcional, prevê a possibilidade da decretação da prisão preventiva para os crimes dolosos com o máximo de pena privativa de liberdade superior a 4 anos, o que engloba o crime em questão. Portanto, considerando-se que a situação processual do paciente admite o decreto preventivo, não era mesmo razoável a concessão de outra medida cautelar em seu favor. Aliás, medida diversa da prisão seria claramente insuficiente e geraria sentimento de impunidade e risco concreto para a sociedade.

[...]

Não se perca de vista, porém, que no caso concreto, em que se trata da apreensão de centenas de pedras de crack e uma trouxinha de cocaína, medida diversa de prisão seria claramente insuficiente e geraria sentimento de clara impunidade.

Ademais, é certo que o impetrante não demonstrou a imprescindibilidade da presença do paciente para cuidar de seus filhos (dentro do quadro que se examina, evidentemente), que, a despeito da idade, podem ser acompanhados pela mãe ou por outros familiares (o que sequer se tentou demonstrar ser impossível, ônus da parte), por mais que se lamente profundamente a situação, aliás criada pelo próprio paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Ao que se tem dos autos, a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente e o acórdão que a ratificou afirmaram a existência de prova da materialidade do delito e fortes indícios de autoria, e demonstraram satisfatoriamente a necessidade da medida extrema em razão da gravidade concreta da conduta – a prisão em flagrante do paciente, o qual portava droga de alto poder destrutivo (mais de cem pedras de crack que seriam distribuídas a diversos usuários), além disso, é possível presumir-se a habitualidade da conduta criminosa do paciente, tendo em vista que a prisão se deu em razão de mandado de busca e apreensão o qual se fundamentou na traficância recorrente praticada no local. Somado a isso, foram encontrados no local, também, petrechos utilizados para a traficância.

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 despiciendo 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). A propósito, confira-se a orientação desta Corte:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. (I) TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DA INTERFERÊNCIA ESTATAL. (II) PACIENTE RENITENTE NA PRÁTICA DELITIVA. EXIGÊNCIA DE INTERRUPTÃO DA ATUAÇÃO NO COMETIMENTO DE CRIMES. PROTEÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. POSSIBILIDADE CONCRETA DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. (III) WRIT NÃO CONHECIDO.

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 (Precedentes).

2. A variedade de substância entorpecente apreendida (12 porções de maconha, 23 porções de crack e 06 porções de cocaína) justificaria, por si só, a interferência estatal com a decretação da prisão preventiva, ante a periculosidade do agente e a necessidade de acautelamento da ordem pública (Precedentes).

3. Ademais, constata-se que o paciente possui condenação anterior (ainda que pendente de trânsito em julgado) também



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por tráfico ilícito de entorpecentes. O fato de o paciente possuir antecedentes criminais evidencia receio concreto de reiteração delitiva, fundamento considerado por esta Corte Superior como idôneo para a manutenção da custódia cautelar (Precedentes).

4. Justifica-se a manutenção da prisão preventiva como garantia da ordem pública, para interromper a atuação do paciente no cometimento de delitos (Precedentes).

5. Condições subjetivas favoráveis ao paciente, como ser tecnicamente primário e possuir residência fixa, não são impeditivas da sua prisão cautelar, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva ou subjetiva que autorizem a decretação do cárcere (Precedentes).

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 348.775/SP, da minha relatoria, julgado em 17/03/2016, DJe 30/03/2016)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. REITERAÇÃO DE OUTRO WRIT.

REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). QUANTIDADE E VARIEDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE.

FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. NÃO CONHECIMENTO DA ORDEM.

1. 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.

2. O pedido de apelo em liberdade foi objeto de exame por esta Corte no julgamento do RHC 55.139/MG, no qual foi considerada a legalidade da prisão cautelar. Logo, houve o esgotamento deste Tribunal Superior para a análise do tema.

3. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido fixada em 5 anos de reclusão, revela-se correta a fixação do regime inicial mais gravoso (fechado), tendo em vista a variedade e a quantidade da droga apreendida (197 invólucros de maconha, 94 pinos de cocaína e 35 invólucros de crack), conforme diretrizes do art. 33 do CP c/c o art. 42 da Lei de Drogas.

4. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do quantum de pena aplicada (5 anos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de reclusão), nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

5. *Habeas corpus não conhecido.*

(HC 330.310/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 25/02/2016)

Por fim, segundo leciona Guilherme de Souza Nucci:

(...) a primariedade, bons antecedentes e residência fixa não são obstáculos para a decretação da prisão preventiva: as causas enumeradas no artigo 312 são suficientes para a decretação da custódia cautelar de indiciado ou réu. O fato de o agente ser primário, não ostentar antecedentes e ter residência fixa não o levam a conseguir um alvará permanente de impunidade, livrando-se da prisão cautelar, visto que essa tem outros fundamentos" (in Código de Processo Penal Comentado, 8ª edição, Ed. RT, p. 627, 2008, São Paulo).

Dessa forma, demonstrados os pressupostos e motivos autorizadores da custódia cautelar, elencados no art. 312 do CPP, não se vislumbra constrangimento ilegal a ser reparado de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

Diante do exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do *habeas corpus* substitutivo

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0278193-2

HC 375.904 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00005872820168260530 20160000526838 21222140320168260000 5872820168260530

EM MESA

JULGADO: 07/02/2017

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 : JOSE EDUARDO BARREIROS
ADVOGADO : JOSÉ EDUARDO BARREIROS - SP312634
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEX DE PAULA MARTINS (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Prisão Preventiva

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.