



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 273.151 - SP (2013/0211639-9)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DANIEL SALVIATO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDO HENRIQUE DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTE TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. TENTATIVA DE CARACTERIZAÇÃO DO PACIENTE COMO USUÁRIO DE DROGAS. NECESSIDADE DA ANÁLISE DE PROVAS. VIA INADEQUADA. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO CRIMINOSA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA. INVIABILIDADE. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. MATÉRIA NÃO SUSCITADA PERANTE A CORTE A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.^a Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.^a Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 06/09/2012; HC 108.181/RS, 1.^a Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, "*no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.*"

3. Como bem assinalou o Tribunal estadual, a alegação de que o Paciente seria mero usurário de drogas deve ser examinada durante a instrução criminal, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, e não a estreita via do *habeas corpus*.

4. O acórdão combatido reconheceu a necessidade de manter a custódia cautelar *sub judice*, como forma de resguardar a ordem público, dado o risco concreto de reiteração delitiva. O Paciente foi preso em flagrante com 06 pinos de cocaína, na forma de *crack*, e sua folha de antecedentes indica processos anteriores por crimes de roubo majorado, porte/posse ilegal de arma de fogo e formação de quadrilha.

5. O Tribunal de origem, com expressa menção à situação concreta, entendeu inadequadas e insuficientes quaisquer das medidas cautelares



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alternativas à prisão, elencadas na nova redação do art. 319 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n.º 12.403/2011.

6. A tese referente às condições pessoais favoráveis do Paciente não foi suscitada e, tampouco, analisada pela Corte de origem, o que inviabiliza o seu exame por este Sodalício, sob pena de indevida supressão de instância.

7. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

8. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 25 de fevereiro de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 273.151 - SP (2013/0211639-9)

IMPETRANTE : DANIEL SALVIATO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDO HENRIQUE DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de FERNANDO HENRIQUE DA SILVA, contra acórdão denegatório proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n.º 0055828-30.2013.8.26.0000).

O Paciente foi preso em flagrante no dia 27/02/2013, pela suposta prática do delito do art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, porque surpreendido com **06 pinos de cocaína** e a importância de R\$ 10,00. O Juízo processante converteu o flagrante em custodiada preventiva e, em seguida, indeferiu o pedido de revogação da constrição.

Contra tal decisão, a Defesa impetrou ordem de *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, que denegou a impetração, em acórdão assim ementado (fl. 199):

"HABEAS CORPUS - *relaxamento da prisão em flagrante por se tratar de porte para uso próprio - impossibilidade em sede de habeas corpus - impossibilidade de se aprofundar na análise probatória - não conhecido.*

AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DA DECISÃO QUE MANTEVE A PRISÃO CAUTELAR - *não ocorrência - decisão que demanda cognição vertical mais breve - fundamentação adequada.*

REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA - *impossibilidade - pena máxima do delito superior a quatro anos - materialidade e indícios de autoria presentes - garantia da ordem pública - 'crack' - ausência de comprovação da residência fixa - prática reiterada de atividades criminosas - probabilidade de voltar a delinquir - ordem denegada.*"

Neste *writ*, defende-se a declaração de nulidade do acórdão combatido, dada a absoluta dissociação do conteúdo do julgado com o caso concreto. Advoga-se, outrossim, ser o Paciente mero usuário de drogas, destacando-se suas condições pessoais favoráveis. Sustenta-se, também, que não estariam presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, sendo cabível a imposição de medidas cautelares alternativas.

Pondera-se, mais, que a "*reincidência, por si só, não é fundamento válido para justificar a segregação cautelar*" (fl. 32). Esclarece-se, ainda, que **não** foi apreendida a substância *crack* em poder do Paciente, tal qual indicou o Juízo processante.

Postula-se, assim, inclusive *in limine*, a revogação da prisão preventiva do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Paciente.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 112/114.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 128/129, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 217/224, nos seguintes termos:

"Ante o exposto, opinamos pela concessão parcial da ordem, apenas para deferir a liberdade provisória do paciente, salvo se estiver preso por outro motivo, sem prejuízo de nova decretação de prisão preventiva devidamente fundamentada, ou, caso assim entenda o Juiz de piso, a aplicação de medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal." (fl. 224)

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 273.151 - SP (2013/0211639-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTE TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. TENTATIVA DE CARACTERIZAÇÃO DO PACIENTE COMO USUÁRIO DE DROGAS. NECESSIDADE DA ANÁLISE DE PROVAS. VIA INADEQUADA. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO CRIMINOSA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA. INVIABILIDADE. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. MATÉRIA NÃO SUSCITADA PERANTE A CORTE A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.^a Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.^a Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 06/09/2012; HC 108.181/RS, 1.^a Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, "*no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.*"

3. Como bem assinalou o Tribunal estadual, a alegação de que o Paciente seria mero usurário de drogas deve ser examinada durante a instrução criminal, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, e não a estreita via do *habeas corpus*.

4. O acórdão combatido reconheceu a necessidade de manter a custódia cautelar *sub judice*, como forma de resguardar a ordem público, dado o risco concreto de reiteração delitiva. O Paciente foi preso em flagrante com 06 pinos de cocaína, na forma de *crack*, e sua folha de antecedentes indica processos anteriores por crimes de roubo majorado, porte/posse ilegal de arma de fogo e formação de quadrilha.

5. O Tribunal de origem, com expressa menção à situação concreta, entendeu inadequadas e insuficientes quaisquer das medidas cautelares alternativas à prisão, elencadas na nova redação do art. 319 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n.º 12.403/2011.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. A tese referente às condições pessoais favoráveis do Paciente não foi suscitada e, tampouco, analisada pela Corte de origem, o que inviabiliza o seu exame por este Sodalício, sob pena de indevida supressão de instância.

7. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

8. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ(RELATORA):

Inicialmente, conquanto se sobreleve a importância da ação constitucional do *habeas corpus* como instrumento de salvaguarda do direito ambulatorial do cidadão, tem-se verificado no direito processual penal brasileiro um excessivo alargamento de sua admissibilidade, em detrimento das vias recursais próprias. Essa notória vulgarização do *writ* tem abarrotado os tribunais pátrios, em especial os superiores.

Atento a esse desvirtuamento do remédio heróico, o Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Nesse sentido, a propósito, os seguintes precedentes: STF, HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe em 11/09/2012; STF, HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; STF HC 114.452-AgR/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 16/10/2012, publicado no DJe de 08/11/2012.

Esse entendimento tem sido reiterado em decisões monocráticas, as quais, considerando a inadequação do *writ*, bem como não ser o caso de concessão da ordem de ofício, negaram seguimento às impetrações, *v.g.*: HC 114.550/AC, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe de 27/08/2012; HC 114.924/RJ, Rel. Ministro Dias Toffoli, DJe de 27/08/2012; HC 116.385/PR, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 01/03/2013; HC 116.379/MS, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe de 26/02/2013.

Nesse cenário, reformulou-se a admissibilidade da impetração originária também neste Superior Tribunal de Justiça, adequando-se à nova orientação da Suprema Corte, em absoluta consonância com os princípios constitucionais, mormente o do devido processo legal, da celeridade e da economia processual e da razoável duração do processo, a fim de que não seja conhecido o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, sem prejuízo de, eventualmente, se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

for o caso, deferir-se a ordem de ofício, nos feitos em andamento.

Ressalte-se, outrossim, que o Impetrante juntou cópia do HC n.º 0055828-30.2013.8.26.0000, referente ao pedido de revogação de prisão preventiva do Paciente, pela prática do delito de formação de quadrilha e furtos a caixas eletrônicos (fls. 43/50). Todavia, a Corte de origem encaminhou cópia de julgado, **com o mesmo número de HC**, relativa ao delito de tráfico ilícito de drogas em apreço (fls. 198/207). Diante da divergência apresentada, passo a analisar a ordem de *habeas corpus* remetida pela Autoridade Coatora (fls. 198/207).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve a prisão preventiva *sub judice*, mediante a seguinte fundamentação:

"[...]

O paciente está sendo processado pelo delito de tráfico de drogas, tipificado no artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/06.

Inicialmente requer o impetrante o relaxamento da prisão em flagrante por ter o paciente praticado em tese o delito do artigo 28 da Lei de Drogas e não o delito de tráfico de drogas, pelo qual foi denunciado.

Ocorre que analisar a tipificação do delito em apreço demanda ampla análise probatória, o que é vedado em sede de habeas corpus, sendo, defeso aplicar qualquer medida proveniente de desclassificação delitiva, razão pela qual neste seara o presente mandamus não pode ser sequer conhecido.

Ocorre que o remédio heroico não se destina à apreciação do mérito da questão, nem tampouco realizar um exame minucioso das provas produzidas.

[...]

Com relação à prisão preventiva, seus requisitos mostram-se presentes no caso em tela.

Trata-se de crime de tráfico de drogas, cuja pena máxima é superior a quatro anos, sendo cabível a prisão preventiva nos termos do artigo 313 do Código de Processo Penal.

Igualmente estão presentes os pressupostos da prisão cautelar em apreço.

A existência de substância entorpecente está comprovada pelo laudo de constatação. Quanto à destinação, apreenderam-se seis invólucros contendo cocaína na forma de 'crack', acondicionados para venda; o fato de que o réu não teria condições econômicas para possuir a droga para seu uso pessoal; a declaração de que a droga destinava-se ao tráfico embora não sejam provas absolutas, indicam a destinação para terceiros.

Há indícios suficientes de autoria, pois o paciente foi abordado por policiais enquanto abaixava para esconder os seis pinos de cocaína que tinha em mãos. Encontrou-se em poder do acusado também a quantia de R\$ 10,00, possivelmente oriunda da venda dos entorpecentes. Destarte, isto que se pode dizer da prova, visto ser vedada análise mais pormenorizada do que foi colhido por conta da natureza da ação em apreço.

Deve-se manter a prisão preventiva para garantia da ordem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pública. O paciente disse em seu interrogatório ser auxiliar geral, porém não comprovou tal condição, de modo que na cópia da carteira de trabalho trazida aos autos apenas se fez menção ao ofício de alinhador, que se encerrou em janeiro de 2013. Destarte, não restou comprovada a prática de qualquer atividade lícita por parte do paciente.

Não exercendo o réu atividade lícita, tudo indica que solto tornará a delinquir, fato que também torna necessária sua custódia para garantia da ordem pública.

[...]

Ademais, apesar da pouca idade (aproximadamente 23 anos), o paciente demonstra pela sua folha de antecedentes ter vocação para a prática delitiva, o que se nota pelos documentos trazidos aos autos e reforça a probabilidade de voltar a delinquir caso solto.

*O paciente demonstrou na prática do crime equiparado a hediondo, tráfico ilícito, alta **reprovabilidade e periculosidade**.*

É entendimento tranquilo que a periculosidade e culpabilidade excessivas justificam a prisão preventiva.

[...]

*Portanto, verifica-se que é cabível a prisão preventiva, estando presentes os pressupostos e as circunstâncias ensejadoras dela conforme o artigo 312, do Código de Processo Penal, não sendo caso de concessão de **medida cautelar** diversa.*

Ausente, então, constrangimento ilegal a ser sanado nesta via.

*Ante o exposto, **CONHEÇO PARCIALMENTE DA ORDEM e DENEGO-A.**" (fls. 199/207; grifos no original)*

Como bem assinalou o Tribunal estadual, a alegação de que o Paciente seria mero usurário de drogas deve ser examinada durante a instrução criminal, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, e não a estreita via do *habeas corpus*.

Lado outro, o acórdão combatido reconheceu a necessidade de manter a custódia cautelar *sub judice*, como forma de resguardar a ordem público, dado o risco concreto de reiteração delitiva. O Paciente foi preso em flagrante com 06 pinos de cocaína, na forma de *crack*, e sua folha de antecedentes indica processos anteriores por crimes de roubo majorado, porte/posse ilegal de arma de fogo e formação de quadrilha (fls. 180/185).

Presente, assim, ao menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

"PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. CUSTÓDIA CAUTELAR. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. REITERAÇÃO CRIMINOSA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

- A habitualidade criminosa do recorrente, comprovada por sua extensa ficha criminal, onde consta várias condenações, dentre outros



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delitos, pelos crimes de ameaça, porte ilegal de arma de fogo, disparo de arma de fogo em local habitado, além de um processo em curso por tráfico de drogas, é fundamento suficiente para a decretação da custódia cautelar com o fim de assegurar a tranquilidade ao meio social, ameaçada por sua reiterada conduta delitiva.

Recurso improvido." (RHC 35.452/MG, 5.^a Turma, Rel. Min. MARILZA MAYNARD (Desembargadora Convocada do TJ/CE), DJe de 03/06/2013.)

Ademais, o Tribunal de origem, com expressa menção à situação concreta, entendeu inadequadas e insuficientes quaisquer das medidas cautelares alternativas à prisão, elencadas na nova redação do art. 319 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n.º 12.403/2011.

Por fim, a tese referente às condições pessoais favoráveis do Paciente não foi suscitada e, tampouco, analisada pela Corte de origem, o que inviabiliza o seu exame por este Sodalício, sob pena de indevida supressão de instância.

Assim, não resta configurada ilegalidade manifesta que permita a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO DA ORDEM de *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0211639-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 273.151 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00019386220138260038 00558283020138260000 19386220138260038 20130000360175
2402013 558283020138260000

EM MESA

JULGADO: 25/02/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : **DANIEL SALVIATO**

IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

PACIENTE : **FERNANDO HENRIQUE DA SILVA (PRESO)**

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Liberdade Provisória

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, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.