



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 357.725 - SP (2016/0140180-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DANIEL SALVIATO
ADVOGADO : DANIEL SALVIATO E OUTRO(S) - SP279233
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAGNO ROBERTO SOARES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFIRMAÇÃO DE PORTE DA DROGA PARA USO PESSOAL. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA CORTE ESTADUAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FLAGRANTE REALIZADO POR GUARDAS MUNICIPAIS. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 301 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. CUSTÓDIA FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. HISTÓRICO CRIMINAL DO RÉU. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO ANTERIOR POR NARCOTRÁFICO. PACIENTE QUE ESTAVA EM CUMPRIMENTO DE PENA NO REGIME ABERTO QUANDO DA PRÁTICA DO PRESENTE DELITO. RISCO EFETIVO DE REITERAÇÃO. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRIÇÃO JUSTIFICADA. CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA AO CORRÉU. PRETENDIDA EXTENSÃO DO BENEFÍCIO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-PROCESSUAL. INAPLICABILIDADE DO ART. 580 DO CPP. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. NÃO COMPROVAÇÃO E IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. O STF passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi aqui adotado, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. A pretendida desclassificação do delito de tráfico para o de porte para consumo pessoal não foi examinada pela Corte Estadual no aresto impetrado, circunstância que inviabiliza a análise da tese diretamente por este Sodalício, sob pena de se incidir em indevida supressão de instância.

3. Nos termos do artigo 301 do Código de Processo Penal, qualquer pessoa pode prender quem esteja em flagrante delito, razão pela qual não há qualquer óbice à sua realização por guardas municipais. Precedentes.

4. Não há que se falar em constrangimento ilegal quando a constrição antecipada está devidamente justificada na garantia da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem pública, em razão da periculosidade do réu, revelada pelo seu histórico criminal.

5. O fato de o paciente já ostentar condenação anterior também por tráfico de drogas, bem como de estar em cumprimento de pena aplicada em outro processo, no modo aberto de execução, quando do cometimento da presente infração penal -, são circunstâncias que revelam sua periculosidade social e a inclinação à prática de ilícitos -, autorizando a preventiva.

6. Constatada a ausência de identidade fático-processual entre o recorrente e o corréu beneficiado com a revogação da prisão cautelar, não há como se deferir a pretendida extensão do benefício.

7. Condições pessoais favoráveis, sequer comprovadas na espécie, não têm o condão de, isoladamente, revogar a prisão cautelar, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a sua necessidade.

8. Indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando a segregação se encontra justificada e mostra-se imprescindível para acautelar o meio social da reprodução de fatos criminosos, indicando que providências mais brandas não seriam suficientes para a preservação da ordem pública, diante da presença do *periculum libertatis*, bem demonstrado na espécie.

9. Habeas corpus não conhecido.

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

Brasília (DF), 18 de abril de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 357.725 - SP (2016/0140180-3)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : DANIEL SALVIATO
ADVOGADO : DANIEL SALVIATO E OUTRO(S) - SP279233
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAGNO ROBERTO SOARES (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Cuida-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de MAGNO ROBERTO SOARES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a ordem visada no HC nº 2023339-95.2016.8.26.0000, mantendo a segregação cautelar do paciente nos autos da ação penal em que responde pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que não teria sido apresentada fundamentação idônea para a ordenação e manutenção da custódia cautelar do paciente, uma vez que baseada na gravidade em abstrato do delito.

Aduz que deixou de ser demonstrado, com base em elementos concretos, de que forma a liberdade do acusado poderia vulnerar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, reputando ausentes os requisitos da medida extrema, insculpidos no art. 312 do CPP.

Defende que o paciente estaria na mesma situação fático-processual do corréu RAFAEL APARECIDO JULIO SOARES que foi beneficiado com a revogação de sua constrição cautelar, razão pela qual faria jus à extensão dos efeitos de tal decisão, nos termos do que dispõe o art. 580 do CPP.

Afirma que *"a busca e apreensão realizada pelos Guardas Municipais no interior da residência do paciente, ainda que fossem autorizados (o que de fato não aconteceu), caracterizaria ato ilícito"*(e-STJ fl. 6), pois, à *"exceção aos casos de flagrante delito, os Guardas Municipais não têm atribuição constitucional para investigar crimes (rectius desempenhar atividade probatória em casos de persecução criminal), pela qual deve ser relaxado o flagrante"* (e-STJ fl. 7).

Salienta que o réu não foi surpreendido em situação de traficância e,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ainda, assumiu a propriedade da droga apreendida, relatando que a substância seria destinada ao uso próprio, assim, defende que a conduta perpetrada se amoldaria ao tipo penal descrito no art. 28 da Lei de Drogas, em relação ao qual é vedada a prisão em flagrante.

Alega que o paciente possui ocupação lícita e residência fixa no distrito da culpa, predicados que lhe permitiriam responder ao processo em liberdade.

Destaca que o artigo 44 da Lei de Drogas teria sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, não subsistindo, portanto, qualquer vedação legal à concessão da liberdade provisória aos acusados pelo crime de tráfico de entorpecentes.

Pondera, que, para a hipótese dos autos, mostrar-se-ia mais adequada a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares menos gravosas, em atenção ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Requeru, liminarmente e no mérito, a revogação da prisão preventiva do paciente, expedindo-se o competente alvará de soltura em seu favor ou, subsidiariamente, a substituição do cárcere pelas medidas cautelares alternativas, previstas nos incisos I, II e V, do art. 319 do CPP.

A liminar foi indeferida.

Solicitadas informações, estas foram devidamente prestadas.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 357.725 - SP (2016/0140180-3)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): De se destacar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 109.956/PR, buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e nos artigos 30 a 32 da Lei n. 8.038/90, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário perante aquela Corte em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que passou a ser adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, a fim de que fosse restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

Assim, insurgindo-se a impetração contra acórdão do Tribunal de origem que denegou a ordem pleiteada no prévio *writ*, mostra-se incabível o manejo do *habeas corpus* originário, já que não configurada nenhuma das hipóteses elencadas no artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, razão pela qual não merece conhecimento.

Entretanto, o constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por esta Corte Superior de Justiça.

Dos elementos que instruem os autos, infere-se que o paciente foi preso em flagrante **no dia 12-11-2015**, convertida a segregação em preventiva e restou denunciado pelo delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, porque foi surpreendido, em companhia do corréu, RAFAEL APARECIDO JULIO SOARES, mantendo em depósito, com o fim de posterior entrega ao consumo de terceiros, o total de 1,85 g (um grama e oitenta e cinco centigramas) de *crack*, distribuídos em 14 porções, tendo sido encontrado ainda, na ocasião, *"a quantia de R\$ 394,00 (trezentos e noventa e quatro reais), advindos do comércio espúrio, além de apetrechos, tais como tesoura, fita adesiva e vários pedaços de plástico, que seriam utilizados para embalar o entorpecente"* (e-STJ fl. 103).

Consta na exordial acusatória que, no dia dos fatos, *"Guardas Municipais receberam denúncia anônima dando conta que, em uma residência situada na Rua do*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Motorista, nº 201, havia chego(sic) a quantidade de 150 g (cento e cinqüenta gramas) de droga, que seriam embaladas pelo genitor e filho." (e-STJ fls. 103-104).

Ato contínuo, dirigiram-se para o local e, ao se aproximarem, *"observaram MAGNO [...] e RAFAEL [...]. Ambos estavam sentados a mesa. Ingressaram no imóvel e RAFAEL [...], ao avistar os Guardas, pegou um pote plástico e um outro objeto e correu para o interior do imóvel MAGNO [...] foi abordado. Os Guardas encontraram, sobre a mesa, uma tesoura, fita adesiva, uma caixa contendo as catorze porções de crack, além de pedaços de plástico, que seriam utilizados para embalar a droga."* (e-STJ fl. 104).

Verifica-se que o Magistrado Singular, isso no dia 12-11-2015, considerando *"presentes indícios de autoria e materialidade, pois preso em flagrante na posse de entorpecente (14 porções de crack), além de 394,00 (trezentos e noventa e quatro reais) sem origem lícita"* (e-STJ fl. 74), converteu a prisão em flagrante em custódia preventiva, entendendo a medida necessária sobretudo como forma de garantir a ordem pública e a paz social, vulneradas diante da gravidade efetiva do delito, motivo pelo qual, também concluiu pela insuficiência e inadequação das providências cautelares alternativas ao cárcere, previstas no art. 319 do CPP (e-STJ fls. 73-74).

Tendo a Corte Estadual deferido a liberdade provisória ao corréu, a defesa de MAGNO formulou pedido de revogação da preventiva perante o Juízo processante que, no dia 19-1-2016, indeferiu a pretensão ao argumento de que: *"Embora a liberdade tenha sido concedida ao corréu, entendo que persistem em desprol do peticionário [...] veementes indícios de autoria e materialidade de crime gravíssimo, sendo necessária a manutenção do cárcere para garantia da ordem pública, o que se evidencia pela extensa vida pregressa do denunciado Magno"* (e-STJ fl. 110).

Inconformada, a defesa ingressou com remédio constitucional perante o Tribunal de origem que, considerando devidamente fundamentada a decisão de primeiro grau, denegou a ordem visada, ratificando a prisão processual de MAGNO, a bem da ordem pública, ressaltando que *"o fato de o paciente ostentar condenação anterior por crime de tráfico, do qual ainda cumpria pena, demonstra, pela estrita particularidade do caso dos autos, sob a análise das características pessoais do paciente a partir da disciplina legal da prisão processual, que em liberdade, pode, efetivamente, voltar a*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delinquir" (e-STJ fl. 44).

Quanto à aventada ilegalidade da prisão por ter sido o flagrante realizado por Guardas Municipais, consignou-se no aresto impetrado que a análise da questão *"depende de incursão na prova para se verificar como se desenrolou a prisão e se os guardas agiram ou não de modo ilegal, mostrando-se o writ via inadequada"*, aduzindo-se entretanto que, *"numa verificação inicial, que é o que se admite a ação Constitucional de Habeas Corpus, não se constata qualquer ilegalidade na prisão a ensejar a concessão da ordem, mormente porque se trata de crime permanente."* (e-STJ fl. 40).

Por fim, concluiu o Tribunal que, constatada a presença de *"requisitos suficientes à prisão preventiva, insuficientes as medidas cautelares do art. 319, do CPP, não há que se falar em liberdade provisória"* (e-STJ fls. 45-46).

Delineado o contexto fático, inicialmente, verifica-se que a pretendida desclassificação do delito de tráfico para o de porte para consumo pessoal, é tese que não foi examinada pela Corte Estadual no aresto impetrado, circunstância que inviabiliza a análise da irresignação diretamente por este Sodalício, sob pena de se incidir em indevida supressão de instância.

Veja-se, nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDOTA DE TRAFICANTE PARA USUÁRIA NÃO EXAMINADO PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. RECORRENTE QUE POSSUI OUTRAS ANOTAÇÕES POLICIAIS E JUDICIAIS. RISCO DE REITERAÇÃO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, IMPROVIDO.

1. O pedido de desclassificação da conduta de traficante para usuária de drogas não foi enfrentado no acórdão impugnado, proferido em sede de habeas corpus, o que impede esta Corte Superior de conhecer dessa matéria, sob pena de supressão de instância.

[...]

5. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. (RHC 73.816/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 05/10/2016)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ainda que assim não fosse, cumpre esclarecer que a jurisprudência desta Corte Superior é pacífica em relação à impossibilidade de realização, através da restrita via eleita, da pretendida desclassificação da conduta ilícita denunciada, por se tratar de questão que demanda o reexame aprofundado das provas coletadas no curso da instrução criminal, vedado em sede de *habeas corpus*.

Ora, havendo elementos mínimos para embasar a denúncia pelo cometimento do crime de tráfico, como ocorre no caso em exame, autorizada está a decretação da preventiva, se presentes os requisitos e fundamentos do art. 312 do CPP.

Nesse sentido, confirmam-se:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. AUTORIZAÇÃO DA GENITORA DO PACIENTE. RECONHECIMENTO DE QUE A DROGA SE DESTINA A CONSUMO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

[...]

3. O reconhecimento de que o paciente é mero usuário e de que a droga apreendida se destinava a seu consumo e não ao tráfico é questão que demanda análise do conjunto fático-probatório, o que não se coaduna com a via estreita do presente mandamus.

4. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a prisão cautelar, por se tratar de 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.

5. A decisão que decretou a prisão preventiva não apresentou motivação concreta, apta a justificar a sua segregação cautelar, tendo se limitado apenas a explicar a gravidade e as consequências do crime de tráfico, mormente considerando a quantidade e a natureza da droga (13 porções de maconha). Constrangimento ilegal evidenciado.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.

(HC 310.338/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 18/05/2015)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. 1) NEGATIVA DE AUTORIA E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DESCCLASSIFICAÇÃO PARA USO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. 2) EXCESSO DE PRAZO NO ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO. INOCORRÊNCIA. PROCESSO COM REGULAR TRAMITAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE DESÍDIA DO MAGISTRADO. INSTRUÇÃO ENCERRADA. SÚMULA N. 52 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. 3) PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. EXISTÊNCIA DE CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS NÃO IMPEDE A DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O STJ, seguindo a posição sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal, uniformizou o entendimento no sentido de ser inadmissível o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie, todavia, ressalvada a possibilidade da existência de alguma flagrante ilegalidade que justifique a concessão de ordem de ofício .

- **O acolhimento das alegações da impetração, no tocante à pretensão de negativa de autoria e de que a droga seria destinada ao próprio consumo, esbarra na necessária análise fático-probatória, inadmissível na via estreita do habeas corpus.**

[...]

Habeas corpus não conhecido.

(HC 321.836/RJ, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 09/10/2015)

No que se refere à aventada nulidade decorrente do fato de o paciente haver sido preso em flagrante por guardas municipais, melhor sorte não socorre o impetrante.

Com efeito, de acordo com o artigo 301 do Código de Processo Penal, "*qualquer do povo poderá, e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito*", assim, imperioso concluir-se pela inexistência de óbice à realização do referido procedimento por guardas municipais.

Nesse sentido, vejam-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. GUARDA MUNICIPAL. NULIDADE DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO. NÃO OCORRÊNCIA. BUSCA PESSOAL E DOMICILIAR. PROVA ILÍCITA. INEXISTÊNCIA. CRIME PERMANENTE. PARECER ACOLHIDO.

[...]

2. Na hipótese dos autos, não há falar em nulidade da sentença e do acórdão sob a alegação de irregularidade na prisão em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

flagrante, visto que os integrantes da Guarda Municipal flagraram o paciente, em via pública, na posse de entorpecentes destinados à mercancia, estando suas condutas amparadas pelo art. 301 do Código de Processo Penal, segundo o qual qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

3. Apesar das atribuições previstas no art. 144, § 8º, da Constituição Federal, se qualquer pessoa do povo pode prender quem quer que esteja em situação de flagrância, não se pode proibir o guarda municipal de efetuar tal prisão.

4. Em razão do caráter permanente do tráfico de drogas, cuja consumação se prolonga no tempo, a revista pessoal ou domiciliar que ocasionou a prisão em flagrante, não representa prova ilícita (Precedente).

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 286.546/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 15/10/2015)

"HABEAS CORPUS" SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRETENSÃO DE QUE SE RECONHEÇA NULIDADE NA PRISÃO EM FLAGRANTE. IMPOSSIBILIDADE. A PRESERVAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA É RESPONSABILIDADE DE TODOS, SENDO DEVER DAQUELES QUE COMPÕEM A SEGURANÇA PÚBLICA. SUPERVENIÊNCIA DA CONVERSÃO EM PREVENTIVA. PREJUDICIALIDADE. PLEITO PELA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. CIRCUNSTÂNCIAS AUTORIZADORAS PRESENTES. POSSE DE 12 PORÇÕES DE COCAÍNA. PRECEDENTES.

1. Os Tribunais Superiores restringiram o uso do "habeas corpus" e não mais o admitem como substitutivo de recursos e nem sequer para as revisões criminais.

2. A Quinta Turma deste Sodalício assentou que pode a Guarda Municipal, inobstante sua atribuição constitucional (art. 144, § 8º, CF), bem como qualquer um do povo, prender aquele encontrado em flagrante delito (art. 301, CPP).

(...)

5. "Habeas corpus" não conhecido por ser substitutivo do recurso cabível.

(HC 290.371/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 30/05/2014)

Não há que se falar, portanto, em ilicitude das provas obtidas e nem em nulidade do flagrante ensejada pela atuação dos guardas municipais.

Com relação aos requisitos da prisão preventiva, verifica-se que a custódia do paciente se encontra devidamente justificada com base no art. 312 do CPP, mostrando-se devida para o acautelamento da ordem e saúde pública, diante da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

periculosidade social do agente, bem demonstrada pelo seu histórico criminal, indicativo do risco efetivo de reiteração, em caso de soltura.

Ora, não obstante a reduzida quantidade da substância tóxica capturada em poder do ora paciente - 1,85 gramas de crack-, sua custódia se faz necessária **para evitar a reiteração delitiva**, uma vez que, conforme destacado pelas instâncias ordinárias, o paciente já conta com condenação definitiva pelo cometimento, também, de tráfico de drogas - sendo certo, ainda, que, na ocasião do flagrante, se encontrava em cumprimento de pena aplicada em outra ação penal, no regime aberto, demonstrando que o caso em comento não se trata de fato isolado mas, sim, de prática habitual em sua vida.

Tais circunstâncias revelam inclinação à criminalidade e que a ação do Estado, assim como as benesses legais que foram concedidas ao agente, não surtiram os efeitos desejados, concretizando a conclusão pela sua efetiva perniciosidade social, inviabilizando a pretendida liberdade, já que patente a real possibilidade de que, solto, continue a delinquir.

Segundo a doutrina de JULIO FABBRINI MIRABETE: *"Fundamenta em primeiro lugar a decretação da prisão preventiva a garantia da ordem pública, evitando-se com a medida que o delinquente pratique novos crimes contra a vítima ou qualquer outra pessoa, quer porque seja acentuadamente propenso à prática delituosa, quer porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida"*, concluindo que *"está ela justificada se o acusado é dotado de periculosidade, na perseverança da prática delituosa [...]"* (Código de Processo Penal interpretado. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 803).

Confiram-se, a propósito, os seguintes precedentes desta Corte Superior de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. REITERAÇÃO DELITIVA. NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

2. Na hipótese, as instâncias ordinárias demonstraram que o acusado já possui um inquérito em tramitação também pela suposta prática do crime de tráfico de drogas (beneficiado com alvará de soltura em 26/05/2015), evidenciada, assim, a possibilidade de reiteração delitiva, constituindo-se, tal circunstância, em motivo idôneo e suficiente para justificar a manutenção da medida constritiva da liberdade fundada na garantia da ordem pública.

3. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando a segregação encontra-se fundada no risco concreto de que o acusado, uma vez posto em liberdade, volte a delinquir.

Precedentes.

4. Recurso ordinário improvido.

(RHC 73.441/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 07/11/2016)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO CAUTELAR. REITERAÇÃO DELITIVA. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. Não é ilegal o encarceramento provisório decretado para o resguardo da ordem pública, em razão da reiteração delitiva do paciente, que, na dicção do juízo de primeiro grau, responde a ação penal pela suposta prática do delito de roubo, tendo sido beneficiado com a expedição de alvará de soltura pouco tempo antes da nova prisão que aqui se questiona. A magistrada apontou, também, que as circunstâncias do crime são graves e dão conta da periculosidade do paciente (apreensão de 2 invólucros plásticos com 20,8 gramas de maconha e de 40 pinos com 51,6 gramas de cocaína), 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. Ordem denegada.

(HC 351.632/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 10/06/2016)

Assim, inviável acoimar-se de ilegal o acórdão quando manteve a prisão preventiva do paciente, pois a concreta possibilidade de reiteração criminosa justifica a sua preservação na espécie.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No tocante ao pedido de extensão dos efeitos da decisão que concedeu a liberdade provisória ao corréu RAFAEL, destaca-se que o artigo 580 do Código de Processo Penal permite que, na hipótese de concurso de agentes, a decisão judicial favorável proclamada em favor de um acusado se estenda aos demais, **desde que as situações fático-processuais sejam idênticas** e não esteja a decisão beneficiadora fundada em motivos que sejam de caráter eminentemente pessoal. Contudo, não é essa a situação dos autos.

De fato, conforme devidamente esclarecido pelo Tribunal de origem no acórdão impugnado, *"quando do julgamento do habeas corpus nº 2261050-87.2015 do corréu Rafael, restou asseverado que o paciente Magno Roberto Soares, assumiu a propriedade da droga e embora tenha se intitulado usuário, em consulta a sua Folha de Antecedentes pelo sistema IntInfo (sic), verificou-se que cumpria ele pena em regime aberto, por crime de tráfico de drogas, quando veio a ser preso em flagrante pelo delito tratado nestes autos, **razão pela qual não se encontram, paciente e o corréu, em situação idêntica, pois sua condição pessoal é diversa do corréu Rafael, que é primário**"* (e-STJ fls. 43-44 - grifamos)

Nesse contexto, não há que se falar em identidade fático-processual entre MAGNO e o corréu RAFAEL, a ensejar a incidência do disposto no art. 580 do CPP, na hipótese dos autos.

De se observar, ainda, que, concluindo as instâncias ordinárias pela imprescindibilidade da preventiva, resta clara a insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão, uma vez que, além de haver motivação apta a justificar o sequestro corporal, a sua aplicação não se mostraria adequada e suficiente para garantir a ordem pública, diante da presença do *periculum libertatis*, bem demonstrado na espécie.

Como reiteradamente vem decidindo esta Corte Superior: *"Demonstrada a necessidade concreta da custódia provisória, a bem do resguardo da ordem pública, as medidas cautelares alternativas à prisão, introduzidas pela Lei n.º 12.403/2011, não se mostram suficientes e adequadas à prevenção e à repressão do crime"* (HC 261.128/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 29/04/2013).

Por fim, consoante orientação jurisprudencial desta Corte Superior de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Justiça, condições pessoais favoráveis, sequer comprovadas na espécie, não têm o condão de, isoladamente, desconstituir a prisão preventiva, quando há nos autos elementos que autorizam a manutenção da medida extrema.

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 o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0140180-3

HC 357.725 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00068044520158260038 20140000669150 20160000227295 20233399520168260000
21413851420148260000 22610508720158260000 68044520158260038

EM MESA

JULGADO: 18/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DANIEL SALVIATO
ADVOGADO : DANIEL SALVIATO E OUTRO(S) - SP279233
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAGNO ROBERTO SOARES (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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.