



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 398.263 - RS (2017/0099969-9)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : JOSE HENRIQUE SALIM SCHMIDT E OUTRO
ADVOGADOS : JOSÉ HENRIQUE SALIM SCHMIDT - RS043698
PAULO DE TARSO DALLA COSTA - RS058322
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ANDERSON DE ARAUJO BITELLO (PRESO)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

I - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já 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.

II - **Na hipótese**, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em **dados concretos extraídos dos autos**, que evidenciam que a liberdade do paciente acarretaria risco à **ordem pública**, notadamente se considerada a quantidade e potencialidade lesiva do entorpecente apreendido (**2,03 quilos de cocaína**).

III - Ademais, sequer tendo sido apreciada pelo eg. Tribunal **a quo** a irresignação quanto ao alegado excesso de prazo para o término da instrução criminal, fica impossibilitada esta Corte de analisar tal matéria, **sob pena de indevida supressão de instância.**

IV - A presença de circunstâncias pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não tem o condão de garantir a revogação da prisão se há nos autos elementos hábeis a justificar a imposição da segregação cautelar, **como na hipótese**. Pela mesma razão, não há que se falar em possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

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 e julgar prejudicado o pedido de reconsideração de liminar deduzido às



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fls. 153-217.

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

Brasília (DF), 03 de agosto de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 398.263 - RS (2017/0099969-9)

IMPETRANTE : JOSE HENRIQUE SALIM SCHMIDT E OUTRO
ADVOGADOS : JOSÉ HENRIQUE SALIM SCHMIDT - RS043698
PAULO DE TARSO DALLA COSTA - RS058322
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ANDERSON DE ARAUJO BITELLO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em benefício de ANDERSON DE ARAUJO BITELLO, contra v. acórdão do eg. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**, nos autos do HC n. 70073073421.

Depreende-se dos autos que o ora paciente foi preso em flagrante e, posteriormente, teve sua prisão convertida em preventiva pela prática, em tese, do delito previsto no art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006.

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus** perante o eg. Tribunal **a quo**, por meio do qual buscava a revogação do decreto prisional. O eg. Tribunal de origem, à unanimidade, denegou a ordem, em v. acórdão assim ementado:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. REPRESENTAÇÃO POLICIAL. PRISÃO PREVENTIVA. IDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. ABALO À ORDEM PÚBLICA. EFETIVA NECESSIDADE DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. Ordem denegada" (fl. 18).

Daí o presente **mandamus**, no qual o impetrante repisa os argumentos lançados no **writ** originário, reafirmando a existência de constrangimento ilegal consubstanciado na ausência de fundamentação idônea a justificar a decretação de sua segregação cautelar, bemo como no excesso de prazo para a formação da culpa. Aduz, ainda, que as condições pessoais do paciente seriam favoráveis.

Requer, assim, a revogação/relaxamento da prisão preventiva ou,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

subsidiariamente, *"seja determinado o seu recolhimento domiciliar, como medida cautelar e principalmente de humanidade, haja vistas as condições as quais está submetido no presídio central, bem como, no mérito, a concessão definitiva da ordem nos mesmos termos postulados em sede de liminar"* (fl. 12).

A liminar foi indeferida às fls. 128-130.

As informações foram prestadas às fls. 135-144 e fls. 147-149.

Houve pedido de reconsideração de liminar às fls. 153-217.

A douta Procuradoria-Geral da República, às fls. 218-221, opinou pelo não conhecimento do **writ**, em parecer ementado nos seguintes termos:

"Habeas Corpus substitutivo de recurso próprio. Não cabimento, nos termos da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Tráfico de entorpecentes. Natureza e quantidade de droga apreendida (2 quilos de cocaína). Prisão preventiva. Ausência de constrangimento ilegal. Fundamentação idônea. Excesso de prazo. Matéria não analisada pelo Tribunal de origem. Supressão de instância.

Parecer pela denegação do pedido" (fl. 218).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 398.263 - RS (2017/0099969-9)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : JOSE HENRIQUE SALIM SCHMIDT E OUTRO
ADVOGADOS : JOSÉ HENRIQUE SALIM SCHMIDT - RS043698
PAULO DE TARSO DALLA COSTA - RS058322
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ANDERSON DE ARAUJO BITELLO (PRESO)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

I - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constitutiva 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.

II - **Na hipótese**, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em **dados concretos extraídos dos autos**, que evidenciam que a liberdade do paciente acarretaria risco à **ordem pública**, notadamente se considerada a quantidade e potencialidade lesiva do entorpecente apreendido (**2,03 quilos de cocaína**).

III - Ademais, sequer tendo sido apreciada pelo eg. Tribunal **a quo** a irresignação quanto ao alegado excesso de prazo para o término da instrução criminal, fica impossibilitada esta Corte de analisar tal matéria, **sob pena de indevida supressão de instância.**

IV - A presença de circunstâncias pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não tem o condão de garantir a revogação da prisão se há nos autos elementos hábeis a justificar a imposição da segregação cautelar, **como na hipótese**. Pela mesma razão, não há que se falar em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Habeas corpus não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

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

Inicialmente, cumpre ressaltar que a prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constitutiva 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 (**v.g. HC n. 93.498/MS, Segunda Turma**, Rel. Min. **Celso de Mello**, DJe de 18/10/2012).

Na hipótese, extrai-se da r. decisão que decretou a prisão preventiva do paciente a seguinte fundamentação:

"Outrossim, merece ser mantida a prisão dos flagrados, uma vez que, ao menos na análise sumária permitida no presente momento, no caso em análise não se fazem eficazes as aplicações de quaisquer das medidas cautelares diversas da prisão, previstas nos incisos do artigo 319, da Lei nº 12.403/2011, as quais não são suficientes em face das circunstâncias do fato, envolvendo quantidade considerável de cocaína, 2.03 quilos de cocaína, decorrendo de busca e apreensão que teria sido autorizada em investigação que tramita na 2ª Vara Criminal.

Assim, e considerando os efeitos deletérios que a droga comercializada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

produz, faz-se necessária medida mais grave, a fim de dar uma pronta resposta à sociedade e evitar que novos fatos criminosos sejam cometidos.

*Destarte, não sendo caso de aplicação das medidas cautelares previstas, e considerando as circunstâncias em que o delito ocorreu, **especialmente a quantidade e diversidade de substância apreendida**, entendo seja necessária convalidação da prisão em flagrante em prisão preventiva para garantia da ordem pública, assolada por crimes desta natureza" (fl. 99, grifei).*

A análise do excerto acima transcrito permite a conclusão de que a decisão do Juízo de origem que determinou a segregação cautelar do paciente encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte sobre o tema, uma vez que fundamentada em **dados concretos extraídos dos autos**, que evidenciam a necessidade de **garantia da ordem pública**, notadamente se considerada a elevada quantidade e potencialidade lesiva do entorpecente apreendido (**2,03 quilos de cocaína**), circunstância indicativa de um maior desvalor da conduta em tese perpetrada, bem como da periculosidade concreta do agente, a revelar a indispensabilidade da imposição da medida extrema na hipótese.

A corroborar tal entendimento, os seguintes precedentes desta Corte

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTO VÁLIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

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. A prisão do réu antes do trânsito em julgado da condenação, por ser medida excepcional, é cabível apenas quando demonstrada, em decisão fundamentada, a necessidade do resguardo à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal, e desde que presentes indícios suficientes de autoria e prova da materialidade, consoante os termos do art. 312 do CPP.

3. É válida a custódia preventiva decretada com o fim de assegurar a ordem pública, tendo em vista a gravidade concreta do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delito, evidenciada na expressiva e na variada quantidade de drogas apreendidas com o paciente - 132 porções de cocaína (28,38g), 76 pedras de crack (22,86g) , 199 porções de cocaína (42,78g) e 6 porções de maconha (10,55g).

4. *Habeas corpus não conhecido*" (HC n. 352.221/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 27/5/2016).

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE DO CRIME. MODUS OPERANDI DELITIVO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. Não é ilegal o encarceramento provisório que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar, especialmente em elementos extraídos da conduta perpetrada pelo acusado, cifrada na significativa quantidade de drogas apreendidas - quase um quilo de crack e mais de meio quilo de cocaína -, demonstrando a necessidade da prisão para a garantia da ordem pública.

2. Ordem denegada" (HC n. 331.877/SP, **Sexta Turma**, Rel.^a Min.^a **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 1º/2/2016).

A meu ver, portanto, não há se falar em ausência de fundamentação idônea da decisão que decretou a prisão preventiva do paciente.

Deve-se ressaltar, ainda, que a presença de circunstâncias pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não tem o condão de garantir a revogação da prisão se há nos autos elementos hábeis a justificar a imposição da segregação cautelar, **como na hipótese**. Pela mesma razão, não há que se falar em possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Ademais, no que concerne ao alegado excesso de prazo para o término da instrução criminal, também não merece prosperar o **habeas corpus**.

É que, do exame do v. acórdão reprochado, tem-se que o eg. Tribunal **a quo**, nos autos do HC n. 70073073421, objeto da presente impetração, sequer apreciou tal controvérsia, de maneira que sua análise diretamente por esta Corte fica impossibilitada, sob pena de **indevida supressão de instância**.

Sobre o tema:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. CONDENAÇÃO. NULIDADE DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE ANÁLISE DE TESE DEFENSIVA. REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELA CORTE DE ORIGEM NO ACÓRDÃO COMBATIDO. APELAÇÃO CRIMINAL PENDENTE DE JULGAMENTO. INCOMPETÊNCIA DESTE STJ E SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. VEDAÇÃO AO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. QUANTIDADE DO TÓXICO. CIRCUNSTÂNCIAS DO FLAGRANTE. APREENSÃO DE QUANTIA EM DINHEIRO SEM COMPROVAÇÃO DE ORIGEM LÍCITA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. PERICULOSIDADE SOCIAL DO AGENTE. GARANTIA DA ORDEM E SAÚDE PÚBLICA. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, dada sua incompetência para tanto e sob pena de incidir-se em indevida supressão de instância, das teses de nulidade da sentença por ausência de análise de tese defensiva apresentada nas alegações finais e o consequente excesso de prazo na custódia, tampouco de imposição de regime inicial mais gravoso que o permitido ou de possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que tais questões não foram analisadas pelo Tribunal impetrado no aresto combatido, em razão da inadequação da via eleita, pendente de julgamento, ainda, apelação já interposta.

[...]" (HC n. 347.010/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 12/4/2016).

"PENAL. HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CITAÇÃO POR EDITAL. COMPARECIMENTO DO RÉU EM JUÍZO POR INTERMÉDIO DE DEFENSOR CONSTITUÍDO. EVENTUAL NULIDADE SANADA. ART. 570 DO CPP. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. A alegada ausência de fundamentação para a decretação da prisão preventiva do paciente não foi apreciada pelo Tribunal estadual, uma vez que já havia sido examinado o writ anterior. Em vista disso, evidencia-se a incompetência desta Corte Superior para examiná-la neste habeas corpus, sob pena de indevida supressão de instância.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]” (HC n. 133.743/PE, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 17/3/2016).

Não se vislumbra, pois, qualquer ilegalidade flagrante no presente caso, apta a ensejar a concessão da ordem, ainda que de ofício.

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus** e, via de consequência, julgo prejudicado o pedido de reconsideração de liminar, deduzido às fls. 153-217.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0099969-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 398.263 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00714579220178217000 70073073421 714579220178217000

EM MESA

JULGADO: 03/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOSE HENRIQUE SALIM SCHMIDT E OUTRO
ADVOGADOS : JOSÉ HENRIQUE SALIM SCHMIDT - RS043698
PAULO DE TARSO DALLA COSTA - RS058322
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ANDERSON DE ARAUJO BITELLO (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 e julgou prejudicado o pedido de reconsideração de liminar deduzido às fls. 153-217."

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