



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 271.404 - SP (2013/0174269-3)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : RODOLPHO PETTENÁ FILHO
ADVOGADO : RODOLPHO PETTENA FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. **1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA EM FATOS CONCRETOS. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. 3. SUBSTITUIÇÃO. MEDIDAS CAUTELARES. LEI Nº 12.403/2011. NÃO CABIMENTO. 4. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. A segregação foi mantida com base na gravidade concreta da conduta, evidenciada pela quantidade e diversidade da droga apreendida, além de objetos utilizados no embalo e comercialização, revelando a acentuada periculosidade do paciente. Essa conjuntura atrai a incidência do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, em virtude da necessidade de preservar-se a ordem pública.

3. Estando presente a necessidade concreta da manutenção da prisão preventiva, a bem do resguardo da ordem pública e ante a gravidade dos fatos, as medidas cautelares alternativas à prisão, introduzidas com a Lei nº 12.403/2011, não se mostram suficientes e adequadas à prevenção e repressão do crime em tela, razão pela qual são inaplicáveis ao caso em análise.

4. 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 Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de agosto de 2013 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 271.404 - SP (2013/0174269-3)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Rodrigo da Silva – denunciado como incurso no art. 33, **caput**, da Lei nº 11.343/2006 –, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo, que denegou a ordem em prévio **mandamus**, nos seguintes termos (fl. 21):

Habeas Corpus. Tráfico de drogas. Prisão em flagrante convertida em preventiva. Pretendida revogação. Inadmissibilidade. Fortes indícios de autoria e prova da materialidade. Quantidade considerável de droga encontrada. Necessidade da custódia cautelar para a garantia da ordem pública. Prisão mantida. Constrangimento ilegal não configurado. Ordem denegada.

Insurge-se o impetrante, em síntese, contra a manutenção da segregação provisória, pois, a seu ver, não estão presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Considera, ainda, ser possível a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, pois se trata de paciente primário, sem antecedentes, com residência fixa e família constituída, além de ser dependente químico, o que possivelmente ensejará a desclassificação para o delito de porte para uso.

Pugna, inclusive liminarmente, pela revogação da prisão preventiva, aplicando-se, se necessário, as medidas prevista no art. 319 do Código de Processo Penal. Alternativamente, pede o reconhecimento de excesso de prazo para formação da culpa.

A liminar foi indeferida às fls. 41/42. As informações foram prestadas às fls. 51/59, 62/68 e o Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 72/78, pelo não conhecimento da ordem e pela não concessão de ofício, nos seguintes termos:

HABEAS CORPUS UTILIZAÇÃO DO WRIT COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. INADMISSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. INCURSÃO FÁTICO-PROBATÓRIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÃO CABIMENTO NA VIA ESTREITA DO **WRIT**. IRRELEVÂNCIA DE CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. O **writ** não pode ser examinado, visto que impetrado contra acórdão denegatório de **habeas corpus** originário, em indevida substituição ao recurso constitucional cabível. A decisão do Tribunal a quo que endossou a constrição cautelar da liberdade do paciente determinada pelo juízo de piso está devidamente fundamentada, porquanto aponta os motivos pelos quais entendeu ser necessária a prisão do paciente, principalmente diante do fato da comprovada existência do crime e os indícios de autoria. Reforça a imprescindibilidade da prisão processual do paciente a considerável quantidade e variedade de droga apreendida - "um tijolo de cocaína pesando 82 gramas, um invólucro plástico contendo 702,24 gramas da mesma droga e um eppendorf também contendo cocaína, pensando 1,18 gramas" como forma de garantir a ordem pública, demonstrando a existência de, pelo menos, um dos requisitos do artigo 312, do Código de Processo Penal. A verificação das alegações de que o paciente seria inocente dos fatos que lhe são imputados, estaria sendo perseguido por policiais e é um adicto no uso de drogas em vez de traficante, reclamam o aprofundamento cognitivo de matéria fático-probatória, o que, a toda evidência, não encontra espaço na via estreita do **writ**. Condições pessoais favoráveis do agente não afastam a possibilidade da medida excepcional quando presentes os motivos que autorizam a prisão preventiva, invocando, a propósito, o HC nº 205.063/DF, Rel. Ministro ADILSON VIERA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 03/08/2011. Ante o exposto, o Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento da ordem e pela não concessão de ofício.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 271.404 - SP (2013/0174269-3)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do **mandamus**, destacando-se que o **habeas corpus** é remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Assim, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário. A mudança jurisprudencial firmou-se a partir dos seguintes julgamentos: **Habeas Corpus** n. 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio; **Habeas Corpus** n. 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber; **Habeas Corpus** n. 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux e **Habeas Corpus** n. 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli.

Entendo que boa razão têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do **writ**, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

No entanto, apesar de não se ter utilizado, na espécie, do recurso previsto na legislação ordinária para a impugnação da decisão, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, passo a analisar as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, desse modo, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

No presente **mandamus**, insurge-se o impetrante, em síntese, contra a manutenção da prisão cautelar do paciente, pois, a seu ver, não estão presentes os requisitos de cautelaridade. Alternativamente, pede o relaxamento da prisão por excesso de prazo ou a aplicação das medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

Dessarte, faz-se mister, num primeiro momento, analisar os fundamentos declinados pelas instâncias ordinárias, para justificar a manutenção da medida extrema.

O Tribunal de origem manteve a decisão do Juízo **a quo**, sob os seguintes fundamentos (fl. 66):

2. Do compulsar dos autos, conclui-se que, de fato, é necessária a manutenção da custódia cautelar. Com efeito, a conversão do flagrante em prisão preventiva pelo Juízo **a quo** baseou-se em elementos concretos do caso em apreço, que indicaram a necessidade de constrição cautelar do paciente. Segundo consta, no dia 09 de março de 2013, na Rua Santa Catarina nº 301, Parque Santa Maria, em Jaguariúna, o paciente tinha em depósito um tijolo de cocaína pesando 82 gramas, um invólucro plástico contendo 702,24 gramas da mesma droga e um eppendorf também contendo cocaína, pesando 1,18 gramas. Policiais civis do DEIC receberam informações da Delegacia Seccional de Mogi Guaçu de que o denunciado estaria praticando o tráfico de drogas em sua residência. Dirigindo-se ao local dos fatos, realizaram campana por cerca de uma hora. Durante este período, após as 17 horas, constataram uma grande movimentação de pessoas - o que é compatível com a comercialização de entorpecentes - e decidiram ingressar na residência onde o denunciado se encontrava. Após buscas na imóvel, foi encontrada a droga sobredita. Policiais também apreenderam objetos utilizados no embalo e comercialização de entorpecentes: uma balança de precisão, 199 tubetes de plástico vazios (eppendorfs), um frasco de Ketamina 10% a quantia de R\$ 5.865,00 em dinheiro, sete aparelhos celulares, um notebook e vários comprovantes de depósito bancário. Verificam-se presentes os pressupostos da prisão cautelar, uma vez que os elementos colacionados aos autos e relacionados na decisão impetrada permitem que se formule juízo de probabilidade suficiente acerca da autoria delitiva. Como é cediço, o **habeas corpus** é via estreita de conhecimento, não sendo possível um exame aprofundado de provas, posto que a possível ilegalidade a ser coibida deve ser flagrante e plenamente provada por prova pré-constituída. Alegações defensivas como a esposadas nos autos de que parte da droga destinava-se a consumo próprio do paciente e que o restante de entorpecente teria sido plantado na cena do crime por policiais inimigos de RODRIGO, devem ser analisadas durante a instrução criminal, sob o crivo do contraditório. Presentes, também, os motivos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autorizadores da custódia cautelar previstos pelo artigo 312, do CPP. A custódia provisória do paciente se faz necessária para a garantia da ordem pública, pois as circunstâncias que envolveram o desempenho da atividade ilícita denotam a maior reprovabilidade de sua conduta e caracterizam sua periculosidade. Destaca-se, assim, a quantidade considerável de entorpecente, atingindo uma série de dependentes e acenando que RODRIGO estaria profundamente embrenhado na atividade da traficância. Reforçam tal tese os diversos petrechos para o embale de entorpecentes encontrados em seu poder. Além disso, a significativa quantidade de dinheiro encontrada, em notas variadas, permite inferir a grande quantidade de entorpecente que ele já havia vendido. Em suma, adequada, portanto, a prisão provisória, pois indispensável à garantia da ordem pública, que traduz, enfim, o **periculum libertatis**.

Constata-se, dessa forma, que a prisão cautelar do recorrente foi mantida para garantia da ordem pública, considerando-se a gravidade em concreto da conduta. Com efeito, o recorrente foi preso em flagrante porque mantinha em depósito um tijolo de cocaína pesando 82g (oitenta e dois gramas), um invólucro plástico contendo 702,24g (setecentos e dois gramas e vinte e quatro decigramas) da mesma droga e um **eppendorf** também contendo cocaína, pesando 1,18g (um grama e dezoito decigramas), além de objetos utilizados no embalo e comercialização de entorpecentes: uma balança de precisão, 199 (cento e noventa e nove) tubetes de plástico vazios (eppendorfs), um frasco de Ketamina 10% a quantia de R\$ 5.865,00 (cinco mil, oitocentos e sessenta e cinco reais) em dinheiro, 7 (sete) aparelhos celulares, um notebook e vários comprovantes de depósito bancário.

Importante destacar que a prisão, nesses casos, dirige-se à proteção da comunidade, considerando-se que esta seria duramente atingida no caso de não aprisionamento de autores de crimes que causam intranquilidade social. Em regra, está relacionada à periculosidade do réu, sendo necessária à preservação da boa convivência social e a fim de prevenir a reprodução de outros fatos criminosos.

A expressão garantia da ordem pública é de difícil definição. Antônio Scarance Fernandes entende que a prisão para a garantia da ordem pública justificar-se-ia naqueles casos em que o acusado reitera a ofensa à ordem constituída, como "forma de assegurar o resultado útil do processo, ou seja, pretende-se, além de outros objetivos, proteger a sociedade, impedindo o acusado de continuar a cometer delitos" (*Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 302).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A jurisprudência, ao longo desses anos, tem se mostrado ainda um pouco vacilante, embora já dê sinais de ter optado pelo entendimento da noção de ordem pública como risco ponderável da repetição da ação delituosa objeto do processo, acompanhado do exame acerca da gravidade do fato e de sua repercussão.

Por oportuno, haverá, como já houve, situações em que a gravidade concreta do crime praticado, revelada não só pela pena abstratamente cominada ao tipo, mas também pelos meios de execução, quando presentes a barbárie e o desprezo pelo bem jurídico atingido, reclama uma providência imediata do Poder Público, sob pena de se pôr em risco até mesmo a legitimidade do exercício da jurisdição.

Note-se que, **in casu**, cuida-se de crime de tráfico de entorpecentes, no qual as circunstâncias que envolveram o desempenho da atividade ilícita denotam a maior reprovabilidade da conduta e caracterizam a periculosidade do paciente. Assim, a meu ver, as instâncias ordinárias fundamentaram o ato constritivo da liberdade de ir e vir do recorrente com esmero irrepreensível, justificando-a para garantia da ordem pública. Sobre tal pressuposto, o decreto acha-se atrelado à gravidade concreta dos fatos, o que justifica a prisão.

Friso não se estar diante de situação a revelar capacidade intuitiva, supondo-se práticas possíveis de serem realizadas, mas sim de dados concretos que evidenciam desvios de condutas a atingirem a ordem pública.

Não se pode descurar que o remédio heroico restringe-se ao controle e à revisão de decisões no plano objetivo, ou seja, de pronunciamentos que violem direito líquido e certo do paciente, diretamente relacionados à liberdade, de decisões que contemplem nulidade e ilegalidade passíveis de reconhecimento de forma objetiva, sem ingresso no plano de subjetivismo próprio da atividade jurisdicional ordinária. Assim, a liquidez das alegações constitui requisito inafastável na apreciação de tais temas.

No mais, deve-se ter em conta também que o **mandamus** não é cabível nas hipóteses em que se busca a mera substituição do juízo subjetivo externado pelo julgador em decisão fundamentada. De fato, tendo o magistrado atuado no exercício da discricionariedade regrada prevista na legislação, dificilmente haverá se falar em constrangimento ilegal suportado.

Com efeito, na via estreita do **writ**, a abordagem do julgador deve ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direcionada à verificação da compatibilidade entre a situação fática retratada na decisão e a providência jurídica adotada. Dessa forma, se os fatos mencionados na origem são compatíveis e legitimam a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, não há ilegalidade a ser sanada nesta via excepcional.

O que importa neste momento são as afirmações do juiz, sendo vedado, por via transversa, debater em tema de **habeas corpus**, matéria de fato discutida na causa e decidida com base na prova dos autos. Assim, sendo verdadeiro, no pormenor, o que se afirma do decreto constritivo, a consequência não pode ser outra que não o reconhecimento da legalidade da prisão preventiva. Deveras, as recomendações, todas, a meu ver, são no sentido de que se proceda à verificação da idoneidade dessas afirmações no juízo de maior alcance – Juízo de primeiro grau.

Presente se fez de forma clara, precisa e, portanto, concreta a prática de atos graves, atraindo, assim, a incidência do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, a revelar a possibilidade da prisão preventiva, em virtude da necessidade de se preservar a ordem pública.

Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO DESPROVIDO. - A custódia cautelar da recorrente está devidamente fundamentada, tendo como escopo a garantia da ordem pública, levando-se em conta a gravidade concreta do delito em tese cometido, expressada pela diversa quantidade, variedade e natureza da droga apreendida - 35 (trinta e cinco) pedras de crack - substância de alto poder viciante e alucinógeno -, 4 (quatro) porções de cocaína e 16 porções de maconha. Recurso desprovido. (RHC 38.268/SP, Relatora a Ministra **MARILZA MAYNARD** (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), DJe 28/06/2013).

Assim, devidamente justificada a necessidade concreta da custódia cautelar, a bem do resguardo da ordem pública, conforme visto acima, e ante a gravidade dos fatos, as medidas cautelares alternativas à prisão, introduzidas com a Lei nº 12.403/2011, não se mostram suficientes e adequadas à prevenção e repressão do crime de tráfico de drogas, razão pela qual é inaplicável ao caso em análise.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, destaque-se que o suposto excesso de prazo nem ao menos foi submetido ao crivo da Corte de origem, não podendo, portanto, ser analisado por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

Dessa forma, ausente ilegalidade patente na manutenção da prisão cautelar, as decisões proferidas na origem devem ser preservadas, não havendo se falar em concessão de **habeas corpus** de ofício.

Ante o exposto, não conheço do **mandamus**.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0174269-3

HC 271.404 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00013072320138260296 00548643720138260000 13072320138260296 20130000292129
548643720138260000

EM MESA

JULGADO: 15/08/2013

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RODOLPHO PETTENÁ FILHO
ADVOGADO : RODOLPHO PETTENA FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO DA SILVA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

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 Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.