



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 359.250 - SP (2016/0153616-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DELCIO JOSE SATO
ADVOGADO : DÉLCIO JOSÉ SATO - SP166043
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO GONÇALVES FERREIRA (PRESO)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE DE DROGAS. ANTECEDENTES CRIMINAIS. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA E TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - 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.

II - 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.

III - Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam que a liberdade do ora paciente acarretaria risco à ordem pública, notadamente se considerada a quantidade de entorpecente apreendida em seu poder (475,5 gramas de cocaína), bem como pelo fundado receio de reiteração delitiva, tendo em vista que o paciente possui "*passagens criminais anteriores*".

IV - Não analisadas na origem as questões atinentes ao excesso de prazo na formação da culpa e ao trancamento da ação penal, não cabe a este Tribunal Superior examinar os temas, sob pena de indevida supressão de instância.

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.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de outubro de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 359.250 - SP (2016/0153616-7)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de MARCELO GONÇALVES FERREIRA, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante pela prática, **em tese**, do delito de tráfico de drogas. Posteriormente, a prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva (fls. 149-151).

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus** perante o eg. Tribunal de origem. O pedido foi denegado em v. acórdão assim ementado:

"HABEAS CORPUS - TRÁFICO - Conversão da prisão em flagrante em preventiva e indeferimento da liberdade provisória - Vedação da liberdade provisória aos flagrados pelo crime de tráfico declarada inconstitucional pelo Pleno do STF (HC 104.339/SP, j. 10.05.12) - Análise da prisão cautelar sob o enfoque do art. 312, CPP, sob a ótica da Lei n.º 12403/11 - Presença dos requisitos da prisão preventiva - Paciente preso em flagrante com duas pedras totalizando 475,5g de crack - Conduta que demonstra efetivo risco à ordem pública - Ordem denegada (voto n. 28956)" (fl. 17).

Daí o presente **writ**, no qual sustenta o impetrante, em linhas gerais, que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal devido à ausência de fundamentos idôneos que justifiquem a manutenção da prisão preventiva, bem como que ostentaria condições favoráveis pessoais favoráveis.

Aduz que *"a gravidade abstrata do delito é insuficiente para impedir o benefício. A regra é a liberdade provisória, até mesmo em observância ao princípio constitucional da presunção da inocência (CF de 1988, art. 5º, LXVI), sendo a prisão, ou sua manutenção, a exceção"* (fl. 11).

Requer, ao final, a revogação da prisão preventiva, assim como que seja



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deferido "o *trancamento da ação penal em relação a Marcelo*", como também que "*seja reconhecido o excesso de prazo pois o paciente está preso desde o dia 23/02/2016 e ainda não foi realizado o julgamento*" (fl. 15).

A medida liminar foi indeferida às fls. 120-122.

As informações foram prestadas às fls. 130-181.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls 185-191, pelo não conhecimento do **writ**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 359.250 - SP (2016/0153616-7)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE DE DROGAS. ANTECEDENTES CRIMINAIS. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA E TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - 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.

II - 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.

III - Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam que a liberdade do ora paciente acarretaria risco à ordem pública, notadamente se considerada a quantidade de entorpecente apreendida em seu poder (475,5 gramas de cocaína), bem como pelo fundado receio de reiteração delitiva, tendo em vista que o paciente possui "*passagens criminais anteriores*".

IV - Não analisadas na origem as questões atinentes ao excesso de prazo na formação da culpa e ao trancamento da ação penal, não cabe a este Tribunal Superior examinar os temas, sob pena de indevida supressão de instância.

Habeas corpus não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.

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, a r. decisão impugnada está fundamentada nos seguintes termos, **in verbis**:

"GUSTAVO ARAÚJO CORRÊA, CARLOS HENRIQUE PASCHOALI, MARCELO GONÇALVES FERREIRA foram presos em flagrante sob a acusação de estarem dedicados ao tráfico de drogas, conforme se decalca dos autos desta peça informativa.

O crime imputado ao acusado é aquele previsto nos art.33, caput, da lei nº 11.343/06, cuja pena corporal cominada é de reclusão de 05 (cinco) a 15 (quinze) anos.

O auto de exibição e apreensão revela a existência da droga, em expressiva quantidade, embrulhada de forma própria para venda, cuja natureza resultou preliminarmente demonstrada pelo incluso auto de constatação preliminar.

Pontifique-se que a quantidade da droga é apenas um dos fatores aferíveis pelo magistrado para a definição do acusado como usuário ou narcotraficante, sendo imperioso não olvidar que a prática atualmente empregada é a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de pequenas quantidades, justamente para maquiar ou camuflar a nefasta mercancia.

O Ministério Público opinou pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

No caso em exame, quedam-se indene de dúvidas os indícios de autoria e materialidade do delito imputado, que ainda não restaram alterados.

[...]

Ademais, trata-se de delito grave, que vem assolando a realidade local, gerando a atual tentativa das polícias em diminuir sua incidência, conforme noticiam diariamente nossos periódicos. Ademais, a soltura prematura gerará na população a sensação de impunidade absoluta, comprometendo a ordem pública.

[...]

De mais a mais, a prisão encontra-se devidamente fundada no quadro fático, que demonstra, de forma concreta, a existência da materialidade delitiva e dos indícios suficientes de autoria, além da necessidade do cárcere cautelar para conveniência da instrução criminal.

Não discrepa a jurisprudência já consolidada de nossos Egrégios Tribunais, confira-se, verbi gratia: STJ, 6ª Turma, HC 18 167-PA, rei. Min. Hamilton Carvalhido, DJU, 25.2 2002, p 451; STJ, 5ª Turma, HC nº 18 823-MT, rei Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU, 25 7 2002, p 423, JSTF, 230.272, RSTJ, 84-296, JSTJ, 97 330, JTJSP, 141 425, 145 312, 149 302, 154-321, 194 313, 198.322, 215:344, 216 324, 220*355 e 254 443, RJTJERGS, 178 61, RJDTACnmSP, 26:227; RT, 661 281, 737:575, 744:706, 746 639, 754:717, 759-755, 764 609, 768*632, 786:679, 797:532, 803:581, 806 583 e 636, e 807 605.

Por todo o exposto, e com fulcro no disposto no artigo 310, inciso II, 312, caput, e 312, inciso I, todos do Código de Processo Penal, com as alterações operadas pela Lei nº 12.403/11, CONVERTO a prisão em flagrante de GUSTAVO ARAÚJO CORRÊA, CARLOS HENRIQUE PASCHOALI, MARCELO GONÇALVES FERREIRA em PRISÃO PREVENTIVA" (fls. 149-151, grifei).

Relevante, na hipótese, o que dispôs o requerimento de conversão da prisão em flagrante em preventiva formulado pelo Ministério Público, haja vista que utilizado expressamente como razões de decidir pelo Juízo ordinário para indeferir pedido de revogação da prisão preventiva (fl. 114). Do que constou do citado pedido, destaca-se:

"A forma de acondicionamento da droga e as circunstâncias de sua apreensão são indicativos de que o entorpecente era destinado à comercialização, notadamente em razão da quantidade de "crack" - mais de 400 gramas - e apreensão de dinheiro, embalagens plásticas, tesouras e facas, instrumentos típicos da fabricação de drogas.

[...]

Importante destacar, ainda, que todos os indiciados possuem passagens



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminais anteriores" (fls. 77-78).

A análise dos excertos acima transcritos permite a conclusão de que, conquanto sucinta, a decisão do Juízo de origem que manteve a segregação cautelar do paciente encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte sobre o tema, eis que devidamente fundamentada em **dados concretos extraídos dos autos**, que evidenciam a necessidade de acautelamento **da ordem pública**, notadamente se considerada a quantidade de entorpecente apreendida em seu poder (mais de 400g de crack).

Sobre o tema colaciono os seguintes precedentes desta Corte, que corroboram o entendimento acima delineado:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. FUNDAMENTAÇÃO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. GRAVIDADE DA CONDUTA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. 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 (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, verifica-se que a decisão do Magistrado de primeiro grau e o acórdão recorrido **encontram-se fundamentados na garantia da ordem pública, considerando, sobretudo, a considerável quantidade e variedade das drogas apreendidas - 540 gramas de cocaína e 10 gramas de maconha -**, circunstâncias essas que evidenciam a gravidade concreta da conduta e a periculosidade social do agente, justificando-se, nesse contexto, a segregação cautelar como forma de resguardar a ordem pública.

3. Eventuais condições subjetivas favoráveis ao recorrente não são impeditivas à decretação da prisão cautelar, caso estejam presentes os requisitos autorizadores da referida segregação. Precedentes.

4. Recurso ordinário improvido" (RHC n. 71.850/RO, **Quinta**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Turma, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 8/6/2016, grifei).

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ILEGALIDADE DA PRISÃO. NÃO OBSERVADA. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. *Apresentada fundamentação concreta para a decretação da prisão preventiva, **evidenciada na quantidade e na variedade das drogas apreendidas**, tratando-se de doze porções de crack e três porções de cocaína, não há que se falar em ilegalidade a justificar o provimento do recurso, para a concessão do habeas corpus.*

2. *Habeas corpus denegado"* (HC n. 353.559/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 17/6/2016, grifei).

Não se pode olvidar, ainda, que o risco à ordem pública também está configurado em razão da **periculosidade concreta** do paciente, haja vista sua **contumácia** na prática de delitos, circunstância apta a justificar a imposição da segregação cautelar em virtude do fundado receio de reiteração delitiva. Nesse sentido:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 155, §§1º E 2º, IV, DO CP. NULIDADE. GRAVAÇÕES ILÍCITAS. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO DA CUSTÓDIA. MODUS OPERANDI. REITERAÇÃO DELITIVA. RESGUARDO A ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. *Cabe ao impetrante o escorreito aparelhamento do remédio heróico, bem como do recurso ordinário dele originado, indicando, por meio de prova pré-constituída, o constrangimento ilegal ventilado. Ausentes documentos comprobatórios em relação à suposta ilegalidade em gravações telefônicas que deram supedâneo à denúncia, inviável a análise da questão por este Superior Tribunal de Justiça.*

2. *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 pelos acusados. Na hipótese, o magistrado a quo registrou o modus operandi empregado no cometimento do delito, destacando tratar-se de uma "escalada de atentados contra o patrimônio de diversos condomínios em área residencial". Além disso, **as instâncias de origem ressaltaram o risco concreto de reiteração delitiva dos recorrentes, afirmando o Tribunal***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que os réus "estariam envolvidos também em diversos outros delitos, os quais se encontram em investigação", tudo a evidenciar a necessidade da prisão para a garantia da ordem pública.

3. Recurso a que se nega provimento" (RHC n. 68.800/DF, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 10/6/2016, grifei).

"HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ACÓRDÃO QUE RESTABELECEU PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE MODIFICAÇÃO NO QUADRO FÁTICO. OFENSA A JULGADO DA CORTE ESTADUAL E VIOLAÇÃO DA COISA JULGADA. ELEVADO RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. ACUSADO QUE RESPONDE DUAS OUTRAS AÇÕES PENAIS E QUE HAVIA SIDO BENEFICIADO RECENTEMENTE COM ALVARÁ DE SOLTURA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O acórdão impugnado encontra-se devidamente fundamentado, tendo a Corte Estadual tornado sem efeito a decisão de primeiro grau que concedeu a liberdade provisória ao paciente mediante a aplicação de medidas alternativas à prisão. Consignou que a nova decisão que concedeu a liberdade ao paciente, "sem que houvesse qualquer fato novo a justificar a revogação da constrição cautelar", deu nova interpretação ao quadro fático já analisado, afrontando a soberania de julgado proferido naquela Corte que havia confirmado decisão anterior do Magistrado de primeiro grau que negou a liberdade, incorrendo em flagrante afronta à coisa julgada.

2. Acrescentou o Tribunal a quo no julgado que estavam presentes os requisitos justificadores da custódia cautelar, destacando que o acusado já respondia a dois outros processos e que incorreu na prática de novo crime em pouco mais de um mês após ter sido concedida a liberdade.

3. A orientação jurisprudencial desta Corte é no sentido de que inquéritos e ações penais em curso constituem elementos capazes de demonstrar o risco concreto de reiteração delituosa, justificando a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública.

4. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 344.875/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 10/6/2016, grifei).

Por outro lado, no que tange à questão atinente ao **excesso de prazo para a formação da culpa**, assim como ao **pedido de trancamento da ação penal**, deve-se ressaltar que, uma vez não analisados na origem, fica impedida esta Corte de examinar o tema,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sob pena de indevida supressão de instância. Nesse ponto, é farta a jurisprudência desta Corte, valendo destacar, dentre vários:

"PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CRIME DE INCÊNDIO. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. TEMA NÃO EXAMINADO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

[...]

2. Não analisada na origem a alegada violação ao princípio da correlação entre a inicial de acusação e a sentença condenatória, descabe a esta Corte examinar o tema, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes .

3. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 301.788/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe de 9/4/2015).

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0153616-7

HC 359.250 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00008241720168260642 20160000295238 20505622320168260000 8241720168260642

EM MESA

JULGADO: 04/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

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 : DELCIO JOSE SATO
ADVOGADO : DÉLCIO JOSÉ SATO - SP166043
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO GONÇALVES FERREIRA (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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.