



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 483.830 - SP (2018/0332763-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **MARIANA MAGALHAES DE OLIVEIRA**
ADVOGADO : **MARIANA MAGALHAES DE OLIVEIRA - SP0399203**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **ALEXANDRE RICARDO BIGOTTO (PRESO)**

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE SOCIAL (APREENSÃO DE CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE DROGA). GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.
2. Para a decretação da prisão preventiva, é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria. Exige-se, ainda, que a decisão esteja pautada em lastro probatório que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato (art. 312 do CPP), demonstrada, ainda, a imprescindibilidade da medida. Precedentes do STF e STJ.
3. Caso em que a prisão preventiva foi mantida pelo Tribunal para garantia da ordem pública em razão da periculosidade social do paciente, evidenciada pelas circunstâncias concretas extraídas do crime – no momento do flagrante foram apreendidos 61g de maconha e 127g de cocaína. Segundo as instâncias ordinárias, indicação concreta de profissionalização. Precedentes.
4. As condições subjetivas favoráveis do paciente, tais como primariedade, bons antecedentes e residência fixa, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva.
5. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando evidenciada a sua insuficiência para acautelar a ordem pública.
6. A prisão do paciente não ofende os princípios da proporcionalidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ou da homogeneidade, pois o fato de ser primário não lhe garante a aplicação da pena mínima cominada aos delitos a eles imputados. Além disso, a garantia à ordem pública não pode ser abalada diante de mera suposição referente ao regime prisional a ser eventualmente aplicado.

7. *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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de março de 2019(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 483.830 - SP (2018/0332763-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : MARIANA MAGALHAES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : MARIANA MAGALHAES DE OLIVEIRA - SP0399203
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE RICARDO BIGOTTO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de ALEXANDRE RICARDO BIGOTTO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante (convertida a custódia em prisão preventiva) pela suposta prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Inconformada com o decreto construtivo, a defesa impetrou *habeas corpus* perante a Corte de origem, a qual, todavia, em decisão colegiada, indeferiu o processamento do *mandamus*, recebendo o acórdão a seguinte ementa (e-STJ fl. 25):

HABEAS CORPUS - alegação de falta de fundamentação da r. sentença que indeferiu o direito de recorrer em liberdade, tendo se baseado tão somente na gravidade concreta do crime - inocorrência - decisão que ao indeferir o direito de recorrer em liberdade faz menção a expressiva quantidade de droga apreendida.

HABEAS CORPUS - presença do fumus comissi delicti no auto de exibição e prova oral que indica a mercancia de drogas, indicando o paciente como autor - presença do periculum libertatis pelo fato do paciente não apresentar demais vínculos com o distrito da culpa; praticar o crime com alta reprovabilidade e periculosidade - natureza e quantidade de drogas - prisão preventiva que não ofende o princípio da presunção de inocência - primariedade e bons antecedentes que não impedem a prisão preventiva.

HABEAS CORPUS - desproporcionalidade entre a prisão cautelar e eventual condenação - remédio heroico que não busca discutir tal matéria - indeferimento liminar.

Na presente oportunidade, a defesa sustenta, em síntese, a ilegalidade da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

segregação cautelar, ante a ausência de fundamentação idônea do decreto de prisão preventiva e dos motivos autorizadores previstos nos art. 312 do Código de Processo Penal, ressaltando que a gravidade abstrata do delito, dissociada de elementos concretos presentes nos autos, e meras suposições não podem servir como fundamento para a decretação da medida constritiva.

Destaca que o paciente não possui antecedentes criminais, é empresário, possui residência fixa e é pai de 3 filhas, sendo duas menores, não havendo razões para se indeferir a liberdade ao acusado. Nesse contexto, ressalta, ainda, a desproporcionalidade da custódia cautelar, lembrando que no caso há a possibilidade de se aplicar medidas cautelares menos gravosas que a prisão.

Diante disso, requer, em liminar e no mérito, a revogação do decreto de prisão preventiva e a aplicação de medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP se for o caso.

Indeferida a liminar (e-STJ fls. 146/148) e prestadas as informações (e-STJ fls. 155/157), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *mandamus* (e-STJ fls. 160/164).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 483.830 - SP (2018/0332763-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País: HC 320.818/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015 e STF, HC n. 113890, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014.

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, em síntese, no presente *habeas corpus*, a liberdade do paciente denunciado por tráfico ilícito de entorpecentes.

A prisão preventiva é uma medida excepcional, de natureza cautelar, que autoriza o Estado, observadas as balizas legais e demonstrada a absoluta necessidade, a restringir a liberdade do cidadão antes de eventual condenação com trânsito em julgado (art. 5º, LXI, LXV, LXVI e art. 93, IX, da CF).

Para a privação desse direito fundamental da pessoa humana, é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 lastro probatório que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato e revele a imprescindibilidade da medida, vedadas considerações genéricas e vazias sobre a gravidade do crime.

Destaco os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte que traduzem bem essa compreensão: STF, HC n. 128.615 AgR, Relator Ministro CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 18/8/2015, publicado em 30/9/2015; STF, HC n. 126.815, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão Ministro EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 04/08/2015, publicado em 28/8/2015; STJ, HC n. 321.201/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 6/8/2015, DJe 25/8/2015; e STJ, HC n. 296.543/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 02/10/2014, DJe 13/10/2014.

No caso, o Juiz decretou a prisão preventiva do paciente, apresentando os seguintes motivos (e-STJ fls. 106/109):

Vistos. Indiciado preso em flagrante delito pela prática, em tese, do crime tipificado no artigo 33 da Lei 11343/06. Encontram-se presentes os requisitos necessários para a convalidação da prisão em flagrante em preventiva. De fato, verifica-se pelos elementos de prova que, de acordo com o alegado pelos Policiais Militares da Força Tática, ora condutor e testemunha, que tinham recebido informações de um transeunte, que não quis se identificar com medo de represarias do tráfico, que no Bairro Bartira havia um cidadão por vulgo de Ale que seria o gerente do tráfico de drogas naquele bairro, sendo que este cidadão se utilizava de um veículo HONDA/FIT cor preta, para fazer a entrega de drogas no bairro. Diante de tais informações os policiais, no dia de hoje, estavam na Avenida Centenário, quando visualizaram um veículo HONDA/FIT preto, com quatro indivíduos, que ao avistar a viatura policial apresentaram um certo nervosismo. Diante da fundada suspeita, os policiais resolveram realizar a abordagem policial. Houve a abordagem e em busca pessoal nada de ilícito foi encontrando, em poder dos quatro indivíduos. Contudo, em busca no veículo foi encontrando no assoalho do carro uma sacola com uma grande



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade de drogas sendo 54 porções de MACONHA e 112 empondorfes de COCAÍNA. Identificados os indivíduos que estavam no veículo por ALEXANDRE RICARDO BIGOTTO, MAURICIO LIMA BISPO, ANA BATRIZ ACELINO MOTA e JOÃO VICTOR DE OLIVEIRA ARAÚJO. Em entrevista com os policiais JOÃO VICTOR de pronto confessou ser o proprietário da droga, alegando que pegou a droga no Bairro Vila Sônia sendo que ALEXANDRE o teria levado para buscar a droga. Já ALEXANDRE que é o proprietário do carro HONDA/FIT, preto, placa LPC 9370, alegou aos policiais que teria levado JOÃO VICTOR até o Bairro Vila Sônia, porém não soube explicar o motivo de a droga estar dentro do veículo de sua propriedade, com este ainda foi encontrado R\$ 522,00 reais em dinheiro. Já ANA BEATRIZ, que é namorada de ALEXANDRE alegou que estava com o namorado e não sabia da droga. Por fim, MAURÍCIO, também não sabia que JOÃO VICTOR estava com droga, e que teria entrado no carro apenas para dar uma volta, pois é amigo de ALEXANDRE. Assim, tendo em vista a grande quantidade de drogas que foi apreendida em seu poder o policial deu voz de prisão em flagrante e o encaminhou à Delegacia de Polícia para que fossem tomadas as medidas cabíveis de Polícia Judiciária. Ambos acusados mantiveram em silêncio no interrogatório policial.

Diante desse contexto e do laudo de constatação provisória, há indícios suficientes da prática do crime de tráfico de drogas e da materialidade delitiva. O delito de tráfico previsto na Lei de Drogas imputado ao indiciado é gravíssimo e equiparado aos hediondos. Necessidade e adequação da medida se encontram presentes. Isso porque, o crime de tráfico de entorpecentes, como sabido, é daqueles que vem assombrando a comunidade ordeira, destruindo famílias e fomentando a prática de inúmeros outros, principalmente aqueles contra o patrimônio, perpetrados pelos usuários, na ânsia de adquirirem mais droga. Ainda que não se mostre adequado fundamentar a prisão preventiva com base apenas na gravidade em abstrato do crime, entende este Juízo que a gravidade concreta da conduta delituosa do autuado, a ensejar sua custódia cautelar, resta configurada. Frise-se que a expressiva quantidade de drogas apreendida, demonstra que grande número de pessoas seriam prejudicadas pela conduta do indiciado, configurando-se, com isso, sua intensa periculosidade e seu desprezo pela sociedade, afastando a figura privilegiada do crime de tráfico. Ademais, constata-se ainda que há reiteração criminosa, já que o indiciado JOÃO VICTOR DE OLIVEIRA ARAÚJO possui condenação por crime de tráfico. Assim, o narrado evidencia a progressividade e a habitualidade nas condutas criminosas geradoras de relevante intranquilidade social, permitindo-se a conclusão de que há necessidade da prisão para evitar que o indiciado continue delinquindo no transcorrer da persecução criminal. Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...).

Por fim, as demais medidas cautelares inscritas nas recentes modificações do Código de Processo Penal não se mostram hábeis e suficientes a promover o restabelecimento da paz social, sendo a prisão cautelar a que mais de adequa ao caso concreto, levando-se em conta o que acima delineado. Ante o exposto, com fundamento nos artigos 310, II e 312, do Código de Processo Penal, converto a prisão em flagrante de ALEXANDRE RICARDO BIGOTTO e JOÃO VICTOR DE OLIVEIRA ARAÚJO, em preventiva.

Acerca da prisão preventiva, disse o Tribunal impetrado ao denegar a ordem (e-STJ fls. 26/34):

Embora seja certo que algumas decisões utilizam-se da gravidade abstrata, também é certo que as alegações de falta de fundamentação são usadas como um mantra, sem atentar-se à decisão atacada.

No caso dos autos a r. decisão fundamentou a necessidade da prisão na grande quantidade e variedade de drogas apreendidas (54 porções de maconha e 112 eppendorfs de cocaína), além do risco de reiteração delitiva.

Observa-se que a gravidade concreta da conduta, a real periculosidade do paciente, o modus operandi e o risco real de reiteração delitiva são fundamentos que autorizam a prisão preventiva.

Neste sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Agravo regimental em habeas corpus. Homicídio qualificado (CP, art. 121, § 2º). Processual Penal. Prisão preventiva (CPP, art. 312). Falta de fundamentação para justificar a medida extrema. Não ocorrência. Garantia da ordem pública. Gravidade em concreto da conduta e real periculosidade do agravante. Risco real de reiteração delitiva. Fuga do distrito da culpa. Custódia preventiva devidamente fundamentada. Regimental não provido. 1. Mostra-se idôneo o decreto de prisão preventiva quando assentado na garantia da ordem pública, ante a periculosidade do agente, evidenciada não só pela gravidade in concreto do delito, em razão do seu modus operandi. como também pelo risco real da reiteração delitiva. 2. Consoante o entendimento do Supremo Tribunal Federal, "a evasão após a prática delitiva é fundamento idôneo para a segregação cautelar para resguardar a aplicação da lei penal" (HC nº 90.162/RJ, Primeira Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 29/6/07). 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento".

Destaca-se, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Justiça, que "não se exige, contudo, fundamentação exaustiva, sendo suficiente que o decreto construtivo, ainda que de forma sucinta, analise a presença, no caso, dos requisitos legais da prisão preventiva "3.

Este é o caso dos autos onde a decisão, ainda que sucinta, encontra-se suficientemente fundamentada. O paciente está sendo processado pela prática do delito de tráfico de drogas. Conforme inteligência do artigo 312 do Código de Processo Penal, só é possível a decretação da prisão preventiva quando presentes os pressupostos e circunstâncias que autorizariam a medida extrema.

Presentes estão os pressupostos da prisão preventiva.

O auto de apreensão e o laudo de constatação provisória, que restou positivo para a presença do elemento ativo, comprovam que as substâncias são entorpecentes.

Quanto à destinação, a grande quantidade apreendida; variedade; a forma de embalagem da droga apreendida; a denúncia dando conta de que indivíduo conhecido pelo vulgo de Ale seria gerente de tráfico; dinheiro em notas de pequeno valor - R\$ 552,00; embora não sejam provas absolutas, indicam a destinação para terceiros.

Desta forma, por ora, possível a capitulação da conduta como tráfico de drogas.

Existem também fortes indícios de autoria, conforme prova oral colhida no inquérito, como a denúncia dando conta da prática de tráfico de entorpecentes realizada pelo paciente, o qual exerceria a função de gerente do tráfico de drogas; a apreensão da droga no interior do veículo do paciente; a apreensão de grande quantia em dinheiro com o paciente.

Também estão presentes as circunstâncias ensejadoras da prisão preventiva.

No caso concreto, a grande quantidade de droga apreendida; variedade; dinheiro; as denúncias da prática de tráfico no pelo paciente; indicam a profissionalização do negócio, o que coloca em risco a saúde pública, demonstrando maior periculosidade do agente, visto o maior ataque ao bem jurídico - saúde pública, justificando a prisão cautelar para garantia da ordem pública.

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. INDEFERIMENTO LIMINAR. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

A restrição de hipóteses de conhecimento dos habeas corpus substitutivos de recurso próprio encontra-se amparada no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendimento jurisprudencial tanto desta Corte quanto do Supremo Tribunal Federal.

A manutenção da custódia cautelar do paciente está fundamentada, de forma suficiente, na garantia da ordem pública e na grande quantidade de entorpecente apreendido, o que, conforme a jurisprudência desta Corte, é suficiente para motivar a prisão preventiva. Agravo regimental desprovido."

Verifica-se que o paciente não comprovou possuir qualquer vínculo com o distrito da culpa, demonstrando a necessidade de sua prisão para garantir a aplicação da lei penal, pois tudo indica que, acaso solto, o réu poderá fugir, fato que torna necessária sua custódia por conveniência da instrução criminal e para garantir a aplicação da lei penal.

A propósito, assim já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

"HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. FUGA DO DISTRITO DA CULPA. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, 11, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. 2. Risco à aplicação da lei penal caracterizado pelo comportamento processual do paciente que se evadiu do distrito da culpa, mesmo antes da decretação da preventiva, permaneceu foragido por cerca de cinco anos e se refugiou no exterior. Havendo risco à aplicação da lei penal está justificada a decretação ou a manutenção da prisão cautelar, desde que igualmente presentes boas provas da materialidade e da autoria.

3. Habeas corpus extinto sem resolução do mérito".

No mesmo sentido o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

"Segregação cautelar é imperativa a fim de assegurar a coleta de provas livre de pressões e de alterações, garantir a aplicação e execução da lei penal face a possibilidade de fuga".

O paciente demonstrou na prática do crime equiparado a hediondo, tráfico ilícito, alta reprovabilidade e periculosidade, visto a grande quantidade e natureza do material entorpecente apreendido. Nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/06 deve ser considerada a natureza da droga. Em face do bem jurídico protegido, aliado ao mencionado dispositivo legal, quanto maior a capacidade de viciar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade. No caso, a droga apreendida foi cocaína, o que indica maior reprovabilidade, posto que tal entorpecente tem grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia, sendo que pode viciar no primeiro uso. Observo que foi apreendida grande quantidade de entorpecente. Sendo o crime de perigo contra a saúde pública, fica claro que tal quantidade poderia facilmente alcançar um enorme número de pessoas, circunstância importa em maior reprovabilidade da conduta.

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

Neste diapasão é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

É de se acentuar que os crimes violentos e os crimes demonstrativos de conduta vil devem ser encarados com rigor pela Justiça Penal, até mesmo como medida de defesa da sociedade em face da criminalidade emergente. Daí por que não se deve emprestar rigor acadêmico à tese de longa fundamentação de decisões que decretam a custódia preventiva a criminosos violentos e confessos, cuja liberdade constitui motivo de insegurança e temor social".

"A prisão cautelar justificada no resguardo da ordem pública visa prevenir a reprodução de fatos criminosos e acautelar o meio social, retirando do convívio da comunidade o indivíduo que diante do modus operandi ou da habitualidade de sua conduta demonstra ser dotado de periculosidade" .

"A prisão preventiva mostra-se necessária para a garantia da ordem pública, tendo em vista a periculosidade do paciente, evidenciada por sua personalidade delitiva, já que foi condenado por roubo e estelionato (reincidência), responde por furto e cometeu o delito em questão quando estava em livramento condicional".

Também o Pretório Excelso firmou entendimento neste sentido:

I - A prisão cautelar se mostra suficientemente motivada para a preservação da ordem pública, tendo em vista a periculosidade do paciente, verificada pelo modus operandi mediante o qual foi praticado o delito. Precedentes. II - A possibilidade concreta de fuga também mostra-se apta a embasar a segregação cautelar para assegurar a aplicação da lei penal. Precedentes. III - Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que, permanecendo os fundamentos da custódia cautelar, revela-se um contrassenso conferir ao réu, que foi mantido custodiado durante a instrução, o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação. Precedentes. IV - Ordem denegada".

Com base nesse entendimento, Alexs Coelho aponta que a periculosidade a ser aferida para fins de decretação da prisão preventiva pode ser aferida através da análise de dois fatores distintos (alternativos ou cumulativos): 1) modus operandi do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agente na prática de determinado crime; e 2) habitualidade (ou reiteração) do agente na prática criminosa".

Observa-se que o paciente praticou crime de tráfico de drogas. A prática de crimes de tráfico de drogas, que são fatos geradores de muitos outros crimes, gera desassossego e intranquilidade popular. A circunstância de alguém praticar crime desta espécie e ser solto em seguida causará descrédito na Justiça, além de estimular a prática de novos crimes análogos, bem como levará que a população busque resolver os problemas de segurança por outros métodos, como fazer justiça com as próprias mãos. Desta forma, necessária a custódia do requerente para garantia da ordem pública para estes casos, a menos que ocorra excepcionalmente prova em contrário, não existente nos autos.

Assim, tal fato justifica a prisão para garantia da ordem pública.

Embora o paciente tenha afirmado que exerce a profissão de empresário, não indicou qualquer informação acerca de sua empresa, nem tampouco trouxe qualquer elemento que comprove o exercício de atividade lícita. Deste modo, possível, por ora, concluir-se que o acusado não exerce qualquer atividade lícita.

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.

Sobre o tema, assim já se posicionaram o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça:

"Prisão preventiva. Decreto baseado na conveniência da instrução criminal e visando a garantia da aplicação da lei, a vista de se tratar de acusado havido como perigoso, desocupado e sem residência certa. Observância dos requisitos essenciais ao decreto de custódia preventiva. Recurso ordinário improvido".

"Prisão preventiva. Fundamentação. Pressupostos. Provado o crime e com indícios suficientes de autoria, apresenta-se legalmente fundamentado o decreto de custódia preventiva com base em fatos demonstrativos de que o paciente se encontra foragido do local do crime, é desocupado e tentou influir no animo de testemunha, para que modifique o seu depoimento prestado na fase inquisitorial, inclusive para que a mesma, menor imputável, se apresente como o autor dos tiros fatais".

No tocante à presunção de inocência, em primeiro lugar, conforme jurisprudência pacífica, nos termos da Súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça, inexistente incompatibilidade entre a presunção de inocência e a prisão processual. E isso porque o próprio artigo 5º da Constituição Federal, no seu inciso LXI, prevê a possibilidade da prisão processual ao autorizar a prisão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. Desta forma, fica clara a compatibilidade da presunção de inocência, prevista no inciso LVII, com a prisão processual,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevista no inciso LXI.

Neste sentido é o posicionamento do Pretório Excelso:

"Habeas corpus. Liberdade provisória. O disposto no item LVII do artigo 5º da Carta Política de 1988, ao declarar que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória", não significa que o réu condenado não possa ser recolhido à prisão, antes daquela fase, salvo nos casos em que a legislação ordinária expressamente lhe assegura a liberdade provisória, o que decorrer do disposto em outros preceitos da Carta magna, tais como os itens LIV, LXI e LXVI do mesmo artigo".

Quanto à primariedade, desde que presentes os pressupostos e circunstâncias ensejadoras, não elide ou afasta a prisão preventiva.

"O Superior Tribunal de Justiça, em orientação uníssona, entende que persistindo os requisitos autorizadores da segregação cautelar (art. 312 CPP), despidendo o paciente possuir condições pessoais favoráveis".

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.

No tocante à eventual fixação de regime inicial diverso do fechado ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, que revelariam alegada desproporção da prisão cautelar, destaca-se que tal alegação do impetrante se mostra verdadeiro exercício de futurologia, incabível neste momento, por tratar-se de matéria de mérito, estranha ao habeas corpus.

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

Neste sentido afirma Eduardo Espínola Filho que "não se admite entrar no mérito da prova produzida no processo principal".

No mesmo sentido Guilherme de Souza NUCCI ao dizer que "a ação de impugnação (habeas corpus) não se destina a analisar o mérito de uma condenação ou empreender um exame acurado e minucioso das provas constantes dos autos".

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também aponta neste sentido.

"Para se chegar a conclusão diversa da adotada pelas instâncias anteriores, no sentido da inexistência de prova da materialidade do crime, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório da causa, providência sabidamente inviável em habeas corpus".

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. MANUTENÇÃO DE PRISÃO CAUTELAR EM SENTENÇA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ALEGAÇÃO DE ERRO NA APRECIÇÃO DA PROVA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATO EM HABEAS CORPUS. IMPROCEDÊNCIA. 1. A periculosidade do agente evidenciada pelo modus operandi e o risco concreto de reiteração criminosa são motivos idôneos para a manutenção da custódia cautelar. 2. A prisão decorrente de sentença condenatória meramente recorrível não transgredir a presunção constitucional de inocência, desde que a privação da liberdade do sentenciado, satisfeitos os requisitos de cautelaridade que lhe são inerentes, encontre fundamento em situação evidenciadora da real necessidade de sua adoção. 3. A análise da inexistência de material probatório que corrobore a condenação impõe o reexame de fatos e provas, o que ultrapassa os limites do procedimento sumário e documental do habeas corpus. 4. O habeas corpus constitui remédio processual inadequado para a análise da prova, para o reexame do material probatório produzido, para a reapreciação da matéria de fato e, também, para a revalorização dos elementos instrutórios coligidos no processo penal de conhecimento. 5. Recurso ao qual se nega provimento" (destaque nosso).

Este também é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

"No processo penal brasileiro vigora o princípio do livre convencimento, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não cabendo na angusta via do habeas corpus o exame aprofundado de prova no intuito de se reanalisar as razões e motivos pelos quais as instâncias anteriores formaram convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do paciente"

Presente a hipótese do artigo 663 do Código de Processo Penal, deixa-se de requisitar informações e de colher a manifestação da Procuradoria Geral de Justiça.

Ante o exposto, indefere-se o processamento da ação de habeas corpus, em consonância com a regra do artigo 248 do Regimento Interno desta Corte de Justiça c.c. o artigo 663 do Código de Processo Penal.

Com efeito, as circunstâncias fáticas do crime, como a quantidade apreendida de entorpecentes e a forma de acondicionamento, entre outros aspectos, podem servir de fundamento para o decreto prisional.

No caso, como se viu das transcrições, a segregação cautelar foi decretada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelo Juízo processante e mantida pelo Tribunal estadual em razão da periculosidade social dos recorrentes, evidenciada pelas circunstâncias concretas do fato.

De acordo com as decisões anteriores, no momento do flagrante foram apreendidos 61g de maconha e 127g de cocaína, além de R\$ 552,00 em espécie.

Por tudo isso, entendo que a prisão cautelar do paciente está justificada para a garantia da ordem pública.

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA TRÁFICO E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO. PRISÃO PREVENTIVA. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

2. No caso dos autos, quando da prisão em flagrante do recorrente, foram apreendidos, em sua residência e em seu estabelecimento comercial, 79 porções de cocaína, pesando 123 gramas e uma porção maior, com 63 gramas, também de cocaína, uma balança de precisão, dinheiro em moedas nacional e estrangeira e uma arma de fogo. Tais circunstâncias, além de configurar indícios de autoria, nos termos da exigência contida no art. 312 do CPP, justificam o encarceramento cautelar do recorrente, para garantia da ordem pública, diante do entendimento consolidado de que a quantidade, a natureza ou a diversidade dos entorpecentes apreendidos, aliados aos demais apetrechos encontrados, podem servir de fundamento ao decreto de prisão preventiva.

3. Ademais, o recorrente registra anteriores passagens pela Vara da Infância e Juventude local e encontra-se respondendo em liberdade por ação penal de competência do Tribunal do Júri, o que também justifica sua segregação cautelar para garantia da ordem pública, como forma de evitar a reiteração delitiva.

4. É inviável a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, pois a gravidade concreta da conduta delituosa e a periculosidade do recorrente indicam que a ordem pública não estaria acautelada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com sua soltura.

5. *É incabível, na estreita via do habeas corpus, a análise de questões relacionadas à negativa de autoria, por demandarem o reexame do conjunto fático-probatório dos autos.*

6. *Recurso ordinário em habeas corpus desprovido. (RHC 89.038/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 31/10/2017)*

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. TESE DE QUE O RECORRENTE É MERO USUÁRIO QUE NÃO PODE SER EXAMINADA NA VIA ESTREITA. PRISÃO PREVENTIVA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. GRAVIDADE DA CONDUTA. REITERAÇÃO DELITIVA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MEDIDAS CAUTELARES DO ART. 319 DO CPP. INVIABILIDADE. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. *O recurso ordinário em habeas corpus destina-se a fazer cessar constrangimento à liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, possuindo rito célere e cognição sumária, exigindo, pois, prova pré-constituída do direito alegado. Dessa forma, é inviável examinar questões que demandam dilação probatória, como a tese de desclassificação da conduta de traficante para usuário.*

2. *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.*

3. *Na hipótese, verifica-se que a prisão encontra-se justificada para a garantia da ordem pública ante as circunstâncias do caso concreto, as quais demonstram uma propensão do agente à prática delitiva, uma vez que foi apreendida considerável quantidade de drogas - 524 gramas de cocaína, dividida em 9 porções - e uma balança de precisão, somada a isso a notícia de que o recorrente registra diversas passagens criminais, com condenação transitada em julgado por porte ilegal de arma de fogo, sendo atualmente réu em outra ação penal pelo crime de tráfico de drogas, tudo, portanto, a evidenciar a periculosidade social do acusado, justificando-se, nesse contexto, a segregação cautelar como forma de resguardar a ordem pública e de conter a*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reiteração delitiva.

4. *Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão; o contexto fático indica que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública.*

5. *Recurso ordinário improvido.* (RHC 84.838/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 22/8/2017, DJe 1º/9/2017).

Ademais, não merece guarida a alegação de que as condições subjetivas favoráveis ao paciente são impeditivas à decretação do cárcere cautelar. Na esteira de entendimento de nossos Tribunais, eventuais circunstâncias pessoais favoráveis aos agentes, como primariedade e bons antecedentes, ou residência no distrito da culpa e exercício de atividade laborativa lícita, não são suficientes à concessão de liberdade provisória, se presentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar. Confira-se:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. OCULTAÇÃO DE CADÁVER. REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. EVASÃO DO DISTRITO DA CULPA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. EXCESSO DE PRAZO NA APRECIÇÃO DOS RECURSOS EM SENTIDO ESTRITO. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

[...] 4. Condições subjetivas favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva.

[...] 9. Ordem denegada, com recomendação para o Tribunal de origem imprimir maior agilidade no julgamento do recurso em sentido estrito. (HC 315.167/AL, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 25/8/2015, DJe 11/09/2015) – (grifei).

Registre-se, ademais, ser inviável a aplicação das medidas cautelares alternativas, consoante dispõe o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva.

Nesse sentido, a título de exemplo:

Não é cabível a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão, in casu, haja vista estarem presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, consoante determina o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal (RHC n. 56.302/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 16/6/2015, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

22/6/2015).

Por fim, ao contrário do alegado pela defesa, a prisão do paciente não ofende os princípios da proporcionalidade ou da homogeneidade, pois o fato de ser primário não lhe garante a aplicação da pena mínima cominada ao delito a ele imputado. Além disso, a garantia à ordem pública não pode ser abalada diante de mera suposição referente ao regime prisional a ser eventualmente aplicado.

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

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0332763-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 483.830 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15004248720188260599 20180000886828 2077575 22271207320188260000

EM MESA

JULGADO: 12/03/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIANA MAGALHAES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : MARIANA MAGALHAES DE OLIVEIRA - SP0399203
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE RICARDO BIGOTTO (PRESO)
CORRÉU : JOAO VICTOR DE OLIVEIRA ARAUJO

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.