



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 310.021 - SP (2014/0310693-5)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : **CLAUDINEI DONIZETE BERTOLO**
ADVOGADO : **CLAUDINEI DONIZETE BERTOLO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **MILTON DE OLIVEIRA JUNIOR (PRESO)**

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. ARTS. 33 E 35 DA LEI 11.343/06. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio dessa medida, priva-se o réu de seu **jus libertatis** antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso 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 (**precedentes**).

IV - No caso, 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 elevada quantidade de entorpecentes apreendida (mais de 200g de cocaína), circunstância que denota a prática habitual do crime de tráfico de drogas (**precedentes**).

Habeas corpus não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de abril de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 310.021 - SP (2014/0310693-5)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Cuida-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado em benefício de MILTON DE OLIVEIRA JUNIOR, em face de v. acórdão prolatado pela col. Quarta Câmara de Direito Criminal do eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante pela prática, em tese, dos delitos tipificados nos arts. 33, **caput**, e 35, **caput**, da Lei n. 11.343/06. Posteriormente, a prisão em flagrante foi convertida em preventiva.

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus** perante o eg. Tribunal **a quo**, que, à unanimidade, denegou a ordem em v. acórdão assim ementado:

"HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - Liberdade Provisória - Impossibilidade - Crime apenado com pena máxima superior a 04 anos - Hipótese do inciso I, do artigo 313, do CP - Presentes os requisitos ensejadores da prisão - necessidade de manutenção da ordem pública - Impossibilidade de aplicação de quaisquer das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo penal - decisão de primeira instância correta e fundamentada - Ordem denegada" (fl. 10).

Daí o presente **writ** substitutivo de recurso ordinário, no qual sustenta o impetrante, em síntese, a falta de fundamentação idônea a justificar o decreto de segregação cautelar do paciente. Alega, ainda, que o paciente é usuário de drogas e possui **condições pessoais** favoráveis.

Requer, portanto, a revogação da prisão preventiva.

Liminar indeferida às fls. 39-40.

Informações prestadas às fls. 47-48.

A douta Procuradoria-Geral da República, à fl. 61, opinou pelo não conhecimento do **writ**, conforme parecer que ora transcrevo:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO DE DROGAS. COCAÍNA. PRISÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PREVENTIVA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. O ***habeas corpus*** não deve ser conhecido, porque foi impetrado contra acórdão denegatório do ***writ*** originário, em indevida substituição ao recurso ordinário constitucional, nos termos do art. 105-II-a da Constituição.

2. O paciente trazia consigo 3 porções de cocaína pesando 6,5 gramas. Na sua casa 'foram apreendidas 66 porções de cocaína (148 g), escondidas na gaveta do armário da cozinha. No mesmo local também foi apreendida uma porção maior, a granel (74 g) e uma balança preta sem marca.' (fl.22). Também foram apreendidos o celular monitorado (7804-6484), a quantia de R\$ 360,00 em dinheiro e o veículo VW POLO 07/08 preto placas DWG3848, que estava na residência.

3. A prisão preventiva ainda é necessária para a garantia da ordem pública, estando presentes, portanto, os requisitos autorizadores, previstos no art. 312 do CPP.

- Opino, pois, pelo não conhecimento deste ***habeas corpus***, porém, caso conhecido de ofício, pela denegação da ordem" (fl. 61).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 310.021 - SP (2014/0310693-5)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ARTS. 33 E 35 DA LEI 11.343/06. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio dessa medida, priva-se o réu de seu **jus libertatis** antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 (**precedentes**).

IV - No caso, 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 elevada quantidade de entorpecentes apreendida (mais de 200g de cocaína), circunstância que denota a prática habitual do crime de tráfico de drogas (**precedentes**).

Habeas corpus não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (**v.g.:** HC 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (**v.g.:** HC 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

Por outro lado, insta consignar, ainda, que a prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio dessa medida, priva-se o réu de seu **jus libertatis** antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso 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.

Nesse sentido é a sedimentada jurisprudência desta **eg. Corte**: AgRg no RHC 47.220/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Regina Helena Costa**, DJe de 29/8/2014; RHC 36.642/RJ, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 29/8/2014; HC 296.276/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 27/8/2014; RHC 48.014/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 26/8/2014.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas pela defesa.

As advertências acima não se aplicam ao caso em análise.

Isso porque, conforme consta dos autos, foram apreendidas em poder do paciente 3 (três) porções de cocaína (6,5 g) e, em sua residência, mais 66 (sessenta e seis) porções (148 g) e 74 g (setenta e quatro gramas) a granel do mesmo entorpecente. Além disso, foram encontrados um celular, R\$ 360,00 em dinheiro e uma balança, tudo a indicar a prática habitual do crime de tráfico de drogas.

Transcrevo, a seguir, o seguinte excerto da r. decisão que decretou a prisão cautelar, **in verbis**:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"O auto de prisão em flagrante encontra-se formalmente em ordem não havendo qualquer vício que possa macular a prisão dos averiguados.

Os suspeitos foram presos em flagrante delito por investigados de polícia mediante denúncia.

O Ministério Público manifestou-se pela conversão de prisão em flagrante em preventiva (fls. 42).

Há prova de materialidade (fls. 30) do crime e indícios suficientes de autoria, pressupostos legais para decretação da prisão preventiva.

[...]

Assim, entendo necessária a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, visando, de alguma forma, minimizar a sensação de impunidade existente na Comarca.

E mais, em liberdade poderão voltar a praticar crimes, inclusive da mesma natureza, ser tentados a perturbar a prova (prejudicando a instrução criminal) e, se condenados, existe o risco de embaraço ao cumprimento da pena, afastando-se do distrito da culpa, frustrando a aplicação da lei penal" (fls. 34-35).

Oportuno colacionar, no ponto, o que ficou consignado no v. acórdão recorrido:

*"Por outro lado, consta dos autos que o paciente, supostamente, associou-se à outros dois indivíduos, igualmente denunciados, para o fim de praticar, reiteradamente ou não, a prática do tráfico de entorpecentes. Ainda, agindo em concurso e unidade com esses dois indivíduos, **trazia consigo, para fins de entrega a consumo de terceiros, uma grande quantidade de cocaína, além de dinheiro em espécie e uma balança, elementos que indicam, por ora, a narcotraficância, sendo a cocaína de altíssimo potencial lesivo**" (fls. 13-14, grifei).*

Portanto, no caso, a meu ver, os fatos **evidenciam de forma inconteste a necessidade e a justificativa da prisão cautelar imposta ao paciente**, especialmente no que concerne à **manutenção da ordem pública**, em razão da elevada quantidade de entorpecente e a configuração, em tese, de organização criminosa.

Sobre o tema:

"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 DROGAS. PRISÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PREVENTIVA MANTIDA NA SENTENÇA. RÉU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DECISÃO FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. 3. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

[...]

3. Na espécie, há motivo suficiente à manutenção da medida excepcional para a garantia da ordem pública, visto que o paciente foi preso em flagrante, nas proximidades de duas escolas, com diversidade de drogas de alto poder de dependência química, a saber, 1g de cocaína em 4 (quatro) eppendorfs, 29,8g de crack divididos em 52 (cinquenta e duas) trouxinhas de plástico e 75,9g de maconha acondicionadas em 22 (vinte e duas) unidades, também envolvidas em plástico.

4. **Habeas corpus** não conhecido" (HC 289.217/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 21/5/2014).

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. FLAGRANTE CONVERTIDO EM PREVENTIVA. CONDENAÇÃO. NEGATIVA DE RECORRER EM LIBERDADE. RÉ QUE PERMANECEU PRESA DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. GRAVIDADE DO DELITO. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. DECISÃO MONOCRÁTICA CONFIRMADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Não há ilegalidade quando a prisão preventiva está fundada na necessidade de se acautelar a ordem e saúde pública, diante das circunstâncias em que ocorridos os delitos - apreensão de 36,940 kg (trinta e seis quilos e novecentos e quarenta gramas) de maconha, pasta base de cocaína e haxixe, transportadas do Paraguai para ser disseminada no território nacional - a demonstrar a sua gravidade concreta, indicando que a medida é mesmo imprescindível na espécie.

[...]

4. **Agravo regimental improvido**" (AgRg no RHC 43.243/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 3/9/2014, grifei).

Faz-se necessário asseverar, por fim, que as alegadas condições pessoais favoráveis do paciente não têm o condão de, **por si só**, garantirem a revogação da prisão preventiva se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar, **o que ocorre na hipótese**.

Diante de tais considerações, **não conheço do writ**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0310693-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 310.021 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 118213 2013001182 20140000715508 21502320520148260000 30132371220138260320

EM MESA

JULGADO: 16/04/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CLAUDINEI DONIZETE BERTOLO
ADVOGADO : CLAUDINEI DONIZETE BERTOLO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MILTON DE OLIVEIRA JUNIOR (PRESO)

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

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, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.