



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 306.976 - SP (2014/0267730-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DOUGLAS SCHAUERHUBER NUNES - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL DE OLIVEIRA (PRESO)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ART. 33 DA LEI 11.343/06. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE DE DROGA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra **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 n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **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 desta 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. **Nesse sentido**: AgRg no RHC n. 47.220/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Regina Helena Costa**, DJe de 29/8/2014; RHC n. 36.642/RJ, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 29/8/2014; HC n. 296.276/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 27/8/2014; RHC n. 48.014/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 26/8/2014.

IV - No caso, as circunstâncias do caso concreto não se revelam aptas a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autorizar a segregação cautelar com fundamento na garantia da ordem pública, notadamente em razão da pequena quantidade de droga (**menos de 1 (um) grama de crack**).

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para revogar a prisão preventiva, salvo se por outro motivo estiver preso, e sem prejuízo da decretação de nova prisão, desde que concretamente fundamentada, ou outras medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de dezembro de 2014 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 306.976 - SP (2014/0267730-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de RAFAEL DE OLIVEIRA, 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, posteriormente convertido em prisão preventiva, tendo sido denunciado pela suposta prática do delito tipificado no art. 33, **caput**, da Lei nº 11.343/2006.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal devido à **ausência de fundamentos idôneos que justifiquem a prisão preventiva**. Aduz que no exame do **writ** impetrado perante o Tribunal **a quo**, *"o indeferimento liminar se deu sem qualquer fundamento idôneo (fl. 4).*

Assevera que a utilização, por esta col. Corte, da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal deve ser superada pela flagrante ilegalidade: *"não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar"*. Ressalta que *"tendo-se em vista o tempo médio decorrido para o julgamento final de uma ação de habeas corpus no Tribunal de Justiça de São Paulo, não conhecido o presente HC permanecerá o paciente preso por toda a instrução, sem que em NENHUM momento sua custódia cautelar tenha sido efetivamente analisada pelo Poder Judiciário"* (fl. 5).

Afirma que o paciente tem vinte anos de idade, é primário e tem bons antecedentes. Alega que a quantidade de droga é pequena (0,52g de "crack" - fl. 45) e não há provas de que se dedique a atividades criminosas. Conclui que o caso em tela é relativo a dependência de drogas e não de traficância.

Em resposta ao telegrama encaminhado ao Tribunal **a quo**, solicitando informações, ficou asseverado, em 9/10/2014, que a Sexta Câmara de Direito Criminal do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em votação unânime, denegou a ordem.

A medida liminar foi indeferida às fl. 85-86.

Ao se pronunciar, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do **habeas corpus** e, caso conhecido, pela denegação da ordem (fls. 112-115).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 306.976 - SP (2014/0267730-0)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ART. 33 DA LEI 11.343/06. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE DE DROGA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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** n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; **RHC** n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e **RHC** n. 117.268/SP, Rel. Ministra **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** n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; **HC** n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; **HC** n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e **HC** n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **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 desta 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. **Nesse sentido: AgRg no RHC n. 47.220/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Regina Helena Costa, DJe de 29/8/2014; RHC n. 36.642/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 29/8/2014; HC n. 296.276/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 27/8/2014; RHC n. 48.014/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 26/8/2014.**

IV - No caso, as circunstâncias do caso concreto não se revelam aptas a autorizar a segregação cautelar com fundamento na garantia da ordem pública, notadamente em razão da pequena quantidade de droga (**menos de 1 (um) grama de crack**).

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para revogar a prisão preventiva, salvo se por outro motivo estiver preso, e sem prejuízo da decretação de nova prisão, desde que concretamente fundamentada, ou outras medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

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 n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra 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 n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; **HC** n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e **HC** n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **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-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.

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

Inicialmente, insta consignar que a prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta 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.

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

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

"[...]"

*Segundo a denúncia, o denunciado Rafael de Oliveira no dia 13 de agosto de 2014, por volta das 15h20min, na rua Nilo Rodrigues da Silva, nesta Cidade, trazia consigo para fins de tráfico uma **porção de crack com peso aproximado de 01 grama**, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Acrescenta, ainda a denúncia, que investigadores de polícia receberam informações anônimas dando conta de que no local acima mencionado comercializava-se drogas, passando as características pessoais do denunciado. No local os investigadores passaram a observa-lo quando em determinado momento uma pessoa, de nome Jeferson Aparecido*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Souza, aproximou-se do denunciado e lhe entregou dinheiro. Nesse momento o denunciado empreendeu fuga dispensando a quantia de R\$ 37,00 em dinheiro. Porém este não obteve êxito na fuga e os policiais encontraram ao seu lado uma porção de crack. Retornaram ao local onde o denunciado estava e lá encontram mais três pequenas porções da mesma droga.

[...]

"O denunciado também já possui outro apontamento criminal por furto, nos termos do folha de antecedentes juntada em apenso.

*No caso concreto, entendo necessária a manutenção da prisão cautelar a **convolação da prisão em flagrante em prisão preventiva do denunciado para garantia da ordem pública, visando, evitar que ele volta a traficar em curto espaço de tempo e de alguma forma, minimizar a sensação de impunidade existente na Comarca de Limeira. Existe o risco de que, em liberdade possa voltar a praticar crimes, inclusive da mesma natureza, ser tentado a perturbar a prova (prejudicando a instrução criminal) e, se condenado, existe o risco de embaraço ao cumprimento da pena, afastando-se do distrito da culpa, frustrando a aplicação da lei penal**"*(destaquei, fls. 61-62).

Apesar da indicação de que o paciente possui outro apontamento por furto, não vislumbro que a situação comprometa a ordem pública. Isso porque, **in casu**, as circunstâncias do caso concreto não se revelam aptas a autorizar a segregação cautelar, notadamente em razão da quantidade pequena de droga apreendida com o paciente (menos de 1 (um) grama de crack).

Dessa forma, os fundamentos que dão suporte à prisão cautelar do ora impetrante não se ajustaram à orientação jurisprudencial que esta eg. **Corte Superior de Justiça** firmou acerca da matéria. Como cediço, a gravidade abstrata do delito não autoriza a decretação ou a manutenção da prisão cautelar imposta. **Nesse sentido**, os seguintes precedentes desta eg. Corte: AgRg no **HC** n. 278.766/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 26/8/2014; **RHC** n. 39.351/PE, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014; **RHC** n. 47.457/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 1º/9/2014; **HC** n. 275.352/SP, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 2/9/2014.

Contudo, concedo a ordem de ofício, para revogar a prisão preventiva, salvo se por outro motivo estiver preso, e sem prejuízo da decretação de nova prisão, desde que concretamente fundamentada, ou outras medidas cautelares diversas da prisão previstas no art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

319 do Código de Processo Penal.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0267730-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 306.976 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00158831220148260320 12672014 158831220148260320 20140000645555
21764385620148260000

EM MESA

JULGADO: 09/12/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DOUGLAS SCHAUERHUBER NUNES - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL DE OLIVEIRA (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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.