



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.633 - SP (2015/0258042-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : REGINA BAUAB MERLO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADELINI DE OLIVEIRA BRITO PEREIRA (PRESO)
PACIENTE : ROBERTO CARLOS DE OLIVEIRA (PRESO)
PACIENTE : LUCAS ALEXANDRE MARCELINO SCHERRER (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. PROIBIÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA CONSTANTE DO ART. 44 DA LEI Nº 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. RISCO À INSTRUÇÃO CRIMINAL. MERA CONJECTURA. DROGA APREENDIDA. REDUZIDA QUANTIDADE. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. É certo que a gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes não serve de fundamento para a negativa do benefício da liberdade provisória, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei nº 11.343/2006 pelo Supremo Tribunal Federal.

3. Caso em que o decreto que impôs a prisão preventiva aos pacientes não apresentou motivação concreta, apta a justificar a segregação cautelar, tendo-se valido de afirmação genérica e abstrata sobre a gravidade do delito, decorrente do *quantum* da pena em abstrato, aduzindo, ainda, mera conjectura sobre suposto risco à instrução criminal, deixando, contudo, de indicar elementos concretos e individualizados que evidenciassem a necessidade da rigorosa providência cautelar.

4. Condições subjetivas favoráveis aos pacientes, conquanto não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sejam garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando não for demonstrada a real indispensabilidade da medida constritiva, máxime diante das peculiaridades do caso concreto, em que os acusados foram flagrados na posse de 4 g de *crack*. Precedentes.

5. *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício, para determinar a soltura do paciente, sob a imposição das medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319, incisos I e IV, 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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de dezembro de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.633 - SP (2015/0258042-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : REGINA BAUAB MERLO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADELINI DE OLIVEIRA BRITO PEREIRA (PRESO)
PACIENTE : ROBERTO CARLOS DE OLIVEIRA (PRESO)
PACIENTE : LUCAS ALEXANDRE MARCELINO SCHERRER (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de ADELINI DE OLIVEIRA BRITO PEREIRA, ROBERTO CARLOS DE OLIVEIRA e LUCAS ALEXANDRE MARCELINO SCHERRER contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no HC n. 2104678-13.2015.8.26.0000.

Infere-se dos autos que os pacientes foram presos em flagrante, custódia posteriormente convertida em prisão preventiva, por suposta infração aos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006.

Alega a impetrante que a prisão preventiva foi decretada sem qualquer consideração ao caso concreto, baseando-se apenas na gravidade abstrata do delito e na presunção de que iriam praticar outros crimes.

Sustenta não estarem presentes os requisitos autorizadores da medida constritiva cautelar previstos no art. 312 do CPP.

Sublinha serem os pacientes primários, com residência fixa e que estão sendo acusados por crime cuja pena, se condenados forem, provavelmente permitirá o cumprimento em regime aberto, com a possibilidade, inclusive, de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Diante disso, requer, em liminar e no mérito, a revogação do decreto prisional.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O pleito urgente foi indeferido (e-STJ fls. 30/31).

Prestadas as informações (e-STJ fls. 39/40), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, caso conhecido, pela denegação da ordem (e-STJ fls. 96/99).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.633 - SP (2015/0258042-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Inicialmente, cumpre analisar a adequação da via eleita para a manifestação da irresignação contra o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

No caso, a impetração insurge-se contra acórdão do Tribunal de origem que denegou a ordem pleiteada em prévio *writ*, o que, de acordo com a nossa sistemática recursal, enseja a hipótese do recurso ordinário previsto no art. 105, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal.

Dessa forma, o *habeas corpus* em tela não merece conhecimento.

Contudo, a coação ilegal apontada na inicial será analisada, a fim de verificar a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça.

Na hipótese dos autos, a decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva encontra-se assentada nos seguintes termos (e-STJ fls. 84/85):

Ademais, os requisitos da prisão preventiva estão presentes à espécie, impedindo, no momento, a concessão do benefício da liberdade provisória ou de alguma das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Com efeito, a materialidade do delito vem demonstrada pelo auto de exibição e apreensão de fls. 19 e pelo auto de constatação provisória de fls. 20, bem como liá indícios de autoria, consubstanciados nos depoimentos de fls.04/07.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O crime imputado a Adelini de Oliveira Brito Pereira, Lucas Alexandro Marcelino Scherrer e Roberto Carlos de Oliveira é doloso e punido, em abstrato, com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, o que, por si só, já revela a gravidade do crime.

E, agora, não se pode perder de vista que referida circunstância, por força de disposição legal (CPP, artigo 282, inciso II) deve ser considerada pelo julgador no momento da análise acerca do cabimento da prisão ou de sua substituição por alguma da medida cautelar.

Desse modo, eventual primariedade, residência fixa ou ocupação lícita não autorizam, por si só, a concessão do benefício em questão.

No mais, a instrução da causa ainda não leve início e a prisão deve ser mantida também por conveniência da instrução criminal, porque ainda não houve a citação pessoal e, caso o ato não se realize, o processo deverá ficar suspenso, nos termos do disposto no artigo 366 do Código de Processo Penal.

Assim sendo, mostra-se prematura a concessão do benefício da liberdade provisória ou a substituição da prisão provisória por outra medida cautelar em favor de Adelini de Oliveira Brito Pereira, Lucas Alexandro Marcelino Scherrer e Roberto Carlos de Oliveira.

Ante o exposto, nos termos do artigo 310, inciso II, do Código de Processo Penal, CONVERTO A PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA, pois presentes os requisitos dos artigos 312 e 313 do referido Diploma Legal e inadequadas e insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, pelas razões supracitadas.

Irresignada com o decreto prisional, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal estadual, o qual denegou a ordem, aduzindo os seguintes fundamentos (e-STJ fls. 18/19):

Os pacientes foram presos em flagrante e estão sendo processados pela suposta prática de tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico porque, no dia 24 de maio de 2015, teriam em depósito, para fins de entrega a consumo de terceiros, 8 porções de crack (4g) , sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. Consta, ainda, que, em tese, os pacientes teriam se associado, para o fim de praticar crimes de tráfico ilícito de entorpecentes.

Pelas cópias juntadas aos autos, verifica-se a existência de provas da materialidade do delito, bem como indícios suficientes de autoria.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As prisões em flagrante dos pacientes foram convertidas em preventiva em decisão bem fundamentada, ainda que concisa, tendo o digno Magistrado de primeiro grau ressaltado a gravidade do delito e a necessidade da custódia cautelar para garantia da instrução penal, (ver despacho fls. 42/43)

É certo que, com o advento da Lei nº 11.464/07, que alterou a redação do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos, não há mais vedação legal à concessão de liberdade provisória. Há, porém, quanto a essa questão, discricionariedade conferida pela Lei ao Juiz, que decidirá com base nas circunstâncias objetivas da causa e no eventual preenchimento de requisitos de ordem subjetiva, não se tratando, pois, de direito líquido e certo dos réus.

E trata-se de tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico, delitos graves, o primeiro equiparado a hediondo, em que policiais, em operação articulada para apurar a prática do comércio espúrio pela paciente Adelini, surpreenderam ela na companhia dos demais corréus, mantendo em depósito 8 porções de crack, em local conhecido como ponto de venda de drogas. Evidente, portanto, a necessidade de tratamento mais rigoroso, não se mostrando adequada a aplicação de medidas cautelares alternativas.

É certo ainda que a prisão preventiva, a qual possui natureza processual, não deve ser confundida com a prisão penal. Ou seja, o princípio da presunção de inocência não é afetado pelo instituto da prisão cautelar.

Anoto, ainda, que eventuais alegações de primariedade, bons antecedentes, residência fixa e ocupação ilícita não são suficientes, por si sós, para a revogação da prisão preventiva.

Por esses motivos, meu voto denega a presente ordem.

Ora, é da jurisprudência pátria a impossibilidade de se recolher alguém ao cárcere se inexistentes os pressupostos autorizadores da medida extrema, previstos na legislação processual penal.

No ordenamento jurídico vigente, a liberdade é a regra. A prisão antes do trânsito em julgado, cabível excepcionalmente e apenas quando concretamente comprovada a existência do *periculum libertatis*, deve vir sempre baseada em fundamentação concreta, não em meras conjecturas.

É de ver, ainda, que a prisão preventiva se trata propriamente de uma prisão provisória; dela se exige venha sempre fundamentada, uma vez que ninguém será preso senão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por ordem escrita e **fundamentada** de autoridade judiciária competente (Constituição da República, art. 5º, inciso LXI). Mormente porque a fundamentação das decisões do Poder Judiciário é condição absoluta de sua validade (CRFB, art. 93, inciso IX).

Na hipótese dos autos, contudo, depreende-se que o *decisum* não indicou elementos concretos a justificar a segregação dos pacientes.

Inicialmente, note-se que a gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas não serve de fundamento para a imposição de custódia cautelar, porquanto o pleno do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da expressão "e liberdade provisória", constante do art. 44 da Lei nº 11.343/2006, determinando a apreciação dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, para que, se for o caso, seja decretada a segregação cautelar.

Nesse contexto, não se mostra suficiente para a segregação cautelar *in casu* a alegação do Magistrado singular de que o *quantum* da pena em abstrato dos delitos imputados aos pacientes revela a elevada gravidade do crime, justificando, em tese, a custódia antecipada, porquanto não foi apontado qualquer elemento relativo ao caso em exame que embase a necessidade de excepcional medida constritiva, o que se afigura inadmissível.

No mesmo raciocínio, nota-se que o decreto construtivo faz referência a suposto risco à instrução criminal, pois que, conforme argumentou o douto Juiz, a citação dos pacientes, até então não realizada, poderia não se realizar, argumento esse que, obviamente, não passa de mera conjectura, pois não se mostrou amparado em elementos concretos dos autos.

Com efeito, "Nem a gravidade abstrata do delito, nem a natureza hedionda do tráfico de drogas, tampouco a simples referência à perniciosidade social do crime e a meras conjecturas, sem nenhuma menção a fatores reais de cautelaridade, servem de motivação idônea para a manutenção da prisão preventiva do réu" (HC n. 288.589/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 25/04/2014)

A prisão provisória – que não deve se confundir com a prisão-pena (*carcer*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ad poenam) – não detém o objetivo de atribuir punição ao agente que, em tese, praticou uma conduta típica.

A finalidade específica do cárcere cautelar deve ser a de possibilitar o desenvolvimento válido e regular do processo penal. Vale dizer, somente há de ser decretado quando houver nos autos elementos concretos que indiquem a real possibilidade de obstrução na colheita de provas, ou a real possibilidade de reiteração da prática delitiva, ou quando o agente demonstre uma intenção efetiva de não se submeter à aplicação da lei penal.

No caso, todavia, não é crível presumir que os pacientes, em liberdade, representem risco à ordem pública, sobretudo quando se constata a reduzida quantidade das drogas apreendidas - 4 g *crack*. É que, *"Não havendo elementos hábeis e específicos a justificar a custódia, resta configurada ilegalidade na decretação da preventiva, tendo em vista que a fundamentação baseada genericamente na garantia da ordem pública não encontra amparo na jurisprudência desta Corte, mormente considerando a quantidade da droga apreendida (16 cápsulas tipo eppendorf, contendo cocaína, com peso líquido de 4,29g)"* (HC-325.851/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, Quinta Turma, j. em 4/8/2015, DJ de 17/8/2015).

Assim, afirmações genéricas e abstratas sobre a gravidade genérica do delito não são bastantes para justificar a custódia preventiva, caso não haja o apontamento de algum elemento concreto que a fundamente, mormente diante da existência de condições pessoais favoráveis aos pacientes, como a primariedade. Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a segregação cautelar é medida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

excepcional, mesmo no crime de tráfico de entorpecentes. Assim, o decreto de prisão processual não dispensa a especificação concreta de que a custódia atende a pelo menos um dos requisitos do art. 312 do CPP, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação.

3. Caso em que as instâncias ordinárias motivaram a necessidade da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal, destacando a hipotética possibilidade de descumprimento de outras medidas cautelares, e para acautelar a ordem pública, com base na gravidade abstrata do crime, bem como na preocupação com a credibilidade da Justiça.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão do paciente, se por outro motivo não se achar custodiado, sem prejuízo de que outra venha a ser decretada de forma fundamentada ou que sejam aplicadas as medidas cautelares alternativas à prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. (HC-311.285/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, Quinta Turma, j. em 20/8/2015, DJ de 8/9/2015)

[...] 3. *As instâncias ordinárias entenderam devida a prisão preventiva do paciente, com base tão somente em elementos inerentes ao próprio tipo penal em tese violado (como a inafiançabilidade e a hediondez do crime de tráfico, bem como o fato de o tráfico fomentar a prática de outros delitos), sem, no entanto, terem apontado nenhum elemento concreto que, efetivamente, evidenciasse que o paciente, solto, pudesse colocar em risco a ordem pública ou a ordem econômica, ou mesmo se furtar à aplicação da lei penal.*

4. *A prevalecer a argumentação dessas decisões, todos os crimes de tráfico ensejariam a prisão cautelar de seus respectivos autores, o que não se coaduna com a excepcionalidade da prisão preventiva, princípio que há de ser observado para a convivência harmônica da cautela pessoal extrema com a presunção de não culpabilidade.*

5. Habeas corpus concedido, para tornar definitivos os efeitos da liminar anteriormente deferida e, consequentemente, cassar a prisão preventiva do paciente, [...] (HC-316.708 / SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 30/6/2015, DJe 3/8/2015)

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Entretanto, **concedo a**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem de ofício, para determinar a soltura de ADELINI DE OLIVEIRA BRITO PEREIRA, ROBERTO CARLOS DE OLIVEIRA e LUCAS ALEXANDRE MARCELINO SCHERRER, se por outro motivo não estiverem presos, sob a imposição das medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319, incisos I e IV, do Código de Processo Penal, sem prejuízo de que seja decretada nova custódia, com base em fundamentação concreta, caso demonstrada sua necessidade, bem como de que sejam eventualmente fixadas outras medidas cautelares constantes do referido art. 319 pelo Juízo local.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0258042-1

HC 338.633 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20150000479239 21046781320158260000

EM MESA

JULGADO: 17/12/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO JOSÉ GISI**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: REGINA BAUAB MERLO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ADELINI DE OLIVEIRA BRITO PEREIRA (PRESO)
PACIENTE	: ROBERTO CARLOS DE OLIVEIRA (PRESO)
PACIENTE	: LUCAS ALEXANDRE MARCELINO SCHERRER (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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.