



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 437.632 - SP (2018/0037605-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **MARIA ADELINA DE TOLEDO RUSSO E OUTRO**
ADVOGADOS : **MARIA ADELINA DE TOLEDO RUSSO - SP298613**
: **MARIANA DE TOLEDO RUSSO - SP369169**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **GUSTAVO SILVERIO SANTIAGO (PRESO)**

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO ORDINÁRIO E CONTRA DECISÃO DE RELATOR QUE INDEFERE MEDIDA LIMINAR. INADEQUAÇÃO. MÉRITO. ANÁLISE DE OFÍCIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. POUCA QUANTIDADE DE DROGA (6,10G DE MACONHA). CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de (i) *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário e de (ii) *habeas corpus* impetrado contra decisão de relator que indefere medida liminar na origem. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. O decreto de prisão preventiva não apontou qualquer dado concreto, à luz do art. 312 do Código de Processo Penal, a respaldar a restrição da liberdade do paciente, limitando-se a fazer referência à presença dos requisitos previstos no Código de Ritos, sem ressaltar, contudo, qualquer aspecto relevante da suposta conduta perpetrada pelo paciente que demonstre o efetivo risco à ordem pública, à instrução criminal e à futura aplicação da lei penal.

3. Ainda que não sejam garantidoras do direito à soltura, certo é que as condições pessoais favoráveis, como residência fixa e bons antecedentes, merecem ser valoradas, ratificando a possibilidade de o paciente aguardar o trânsito em julgado em liberdade. Precedentes.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar o relaxamento da prisão cautelar do ora paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, sob a imposição das medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319, I e IV, do CPP.



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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 22 de março de 2018(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 437.632 - SP (2018/0037605-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : MARIA ADELINA DE TOLEDO RUSSO E OUTRO
ADVOGADOS : MARIA ADELINA DE TOLEDO RUSSO - SP298613
MARIANA DE TOLEDO RUSSO - SP369169
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUSTAVO SILVERIO SANTIAGO (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de GUSTAVO SILVÉRIO SANTIAGO contra decisão por meio da qual Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo indeferiu a medida de urgência pleiteada perante aquela instância, nos autos de n. 2023124-51.2018.8.26.0000 (e-STJ fl. 21).

Infere-se dos autos que, diligenciando a partir de denúncia anônima, policiais encontraram maconha no carro em que estavam o paciente e dois outros indivíduos, tendo depois localizado uma balança de precisão da residência de um deles, sendo todos presos em flagrante pelo crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006. A prisão preventiva dos três veio a ser decretada com fundamento, apenas, na constatação de que há *fumus comissi delicti* e de que o tipo penal prevê pena máxima superior a quatro anos (e-STJ fls. 23/26 e 39).

Nesta impetração, a defesa sustenta a ilegitimidade da segregação cautelar, ante a ausência de fundamentação concreta no decreto prisional, seja em relação ao *fumus comissi delicti*, tendo em vista que não há elementos suficientes para concluir que havia traficância ou que seria sua a propriedade da droga, seja em relação ao *periculum libertatis*, requisito em relação ao qual o decreto prisional seria omissivo e que efetivamente não se observaria no caso dos autos, dada a primariedade do agente e suas condições pessoais amplamente favoráveis.

Em liminar e no mérito, pede o relaxamento da prisão preventiva, com a expedição de alvará de soltura.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Deferida a liminar (e-STJ fls. 128/136), o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (e-STJ fls. 144/147).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 437.632 - SP (2018/0037605-2)

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:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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 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).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

[...] Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ 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, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Ademais, não cabe *habeas corpus* contra decisão que indefere liminar, a menos que fique demonstrada flagrante ilegalidade, nos termos do enunciado n. 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual *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.*

Em situações excepcionais, todavia, como forma de garantir a efetividade da prestação jurisdicional nas situações de urgência, uma vez constatada a existência de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, é possível a superação do mencionado enunciado sumular (HC 318.415/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 12/08/2015).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 *writ*, a revogação da prisão preventiva do paciente preso em flagrante por tráfico ilícito de entorpecentes.

A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, 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, que assim dispõe:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Quanto aos pressupostos/requisitos da prisão preventiva, colhem-se estas lições do Professor Guilherme de Souza Nucci:

*Entende-se pela expressão **[garantia da ordem pública]** a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente.*

***[A conveniência da instrução processual]** é motivo resultante da garantia da existência do devido processo legal, no seu aspecto procedimental. A conveniência de todo processo é realização da instrução criminal de maneira lisa, equilibrada e imparcial, na busca da verdade real, interesse maior não somente da acusação, mas, sobretudo, do réu. Diante disso, abalos provocados pela atuação do acusado, [...] a fuga deliberada do local do crime, [...] dentre outras.*

***Asseguração da aplicação da lei penal:** significa garantir a finalidade útil do processo, que é proporcionar ao Estado o exercício do seu direito de punir, aplicando a sanção devida a quem é considerado autor de infração penal (NUCCI, Guilherme de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Souza. Código de Processo Penal Comentado. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2014, p. 699, 708 e 710).

Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que as decisões estejam pautadas em motivações concretas, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

No caso, o paciente foi preso em flagrante, em 08/02/2018, na posse de 6,10g de maconha.

Nesse contexto, ao decretar a prisão preventiva do paciente, o Juiz singular se pautou na garantia da ordem pública, nos seguintes termos (e-STJ fl. 25):

Acusados presos em flagrante delito pela prática, em tese, do crime tipificado no artigo 33 da Lei 11.343/06, Flagrante formalmente em ordem. Seguindo o disposto no art. 310 do Código de Processo Penal, passo à verificação do requerimento realizado pelo Ministério público quanto da conversão da prisão em flagrante em preventiva Pois bem. A análise da presente comunicação de prisão em flagrante permite concluir que se encontram presentes os requisitos necessários para a conversão da prisão em flagrante em preventiva. De fato, verifica-se pelos elementos de prova que policiais civis da DIG receberam denúncias sobre tráfico de entorpecente de que Andrezza Scarcelli e Gustavo Silvério estariam praticando o tráfico de entorpecente no Bairro Costa Azul e, ao retornarem com o veículo Ford Fiesta, cor branca, para o centro da cidade de Avaré, estariam em uma rua terra para desviar da Polícia Rodoviária, local este que os policiais ficaram de campana aguardando tal veículo. No local os averiguados foram abordados no veículo Ford Fiesta, com a indiciada Andrezza juntamente com Danilo e Gustavo, sendo encontrado uma porção de maconha e Andrezza assumiu a propriedade. Em diligência até a residência dessa encontraram uma balança de precisão no guarda roupas. Com efeito, trata-se de crime doloso tráfico de entorpecentes cuja pena máxima privativa de liberdade ultrapassa quatro anos, estando, pois, preenchido o pressuposto de admissibilidade para decretação da prisão preventiva (art. 313, I do CPP) De outra parte, também estão caracterizados os requisitos necessários para a conversão da prisão em flagrante em preventiva. Diante desse contexto e do laudo de constatação provisória de fls. 17/21, apontando que a substância apreendida é maconha, há indícios suficientes da prática do crime de tráfico de drogas e da materialidade delitiva, o que revela presente o fumus commissi delicti. 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

principalmente aqueles contra o patrimônio, perpetrados pelos usuários, na ânsia de adquirirem mais droga. 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 adequado ao caso concreto, levando-se em conta o que acima delineado. Dessa forma, presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal e em obediência ao disposto no artigo 310, II, da mesma Lei, CONVERTO a prisão em flagrante dos indiciados ANDREZZA SCARCELLI, GUSTAVO SILVÉRIO SANTIAGO e DANILO CARDOSO ANDRADE em prisão preventiva.

Em uma análise detida do inteiro teor da decisão singular, preservada pelo Tribunal *a quo*, não se verifica a presença de elementos concretos, colhidos do flagrante, valorados pelo Magistrado para fins de decretação da prisão do paciente, ajustados às hipóteses legais que autorizam, excepcionalmente, a restrição da liberdade. Observa-se que a decisão faz apenas referência à gravidade abstrata do fato.

O discurso judicial que se apresenta puramente teórico, carente de real elemento de convicção, não justifica a prisão. As circunstâncias levantadas no decreto não são bastantes para a segregação do paciente, caso não tenham sido informadas circunstâncias pessoais do acusado ou *modus operandi* excepcionais.

A prisão provisória – que não se deve confundir com a prisão-pena (*carcer 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 a existência de organização criminosa, que necessite ser urgentemente desarticulada, ou quando o agente demonstre uma **intenção efetiva** de não se submeter à aplicação da lei penal.

Afirmações genéricas e abstratas a respeito da periculosidade do crime não são bastantes para justificar a custódia preventiva. A quantidade da droga, no caso, também



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não justifica, por si só, o encarceramento preventivo, devendo prevalecer, no momento, as circunstâncias favoráveis, tais como a primariedade, com residência fixa e sem notícia de envolvimento anterior com o tráfico de entorpecentes ou com organização criminosa.

Em conclusão, a decisão singular não apontou qualquer dado concreto, à luz do art. 312 do Código de Processo Penal, a respaldar a restrição da liberdade do paciente.

Avaliando as circunstâncias do fato concreto, para garantir a ordem pública, mister substituir a prisão cautelar pelas medidas cautelares insculpidas no art. 319, incisos I e IV, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

O prazo e as condições do comparecimento periódico em Juízo deverão ser fixados pelo Magistrado de primeiro grau.

Diante da ausência de fundamentação idônea, a ordem merece ser concedida de ofício para substituir a prisão preventiva do paciente pelas medidas cautelares retromencionadas, sem prejuízo de que sejam eventualmente fixadas outras medidas cautelares constantes no art. 319 do CPP, a critério do Juízo local.

Ante o exposto, **não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício** para revogar o decreto prisional de GUSTAVO SILVÉRIO SANTIAGO, nos autos da Ação Penal n. 0000886-47.2018.8.26.0073, *ressalvada prisão por outro motivo ou decisão superveniente motivada*, **mediante a fixação das medidas cautelares previstas no art. 319, incisos I e IV, do CPP**, nas condições a serem estabelecidas pelo juízo, devendo ser alertado que o descumprimento das obrigações impostas poderá implicar a revogação do benefício, na forma do art. 282, § 4º, do Código de Processo Penal.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0037605-2

HC 437.632 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00008864720188260073 2023124512018260000 2642018 5822018 8864720188260073

EM MESA

JULGADO: 22/03/2018

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. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: MARIA ADELINA DE TOLEDO RUSSO E OUTRO
ADVOGADOS	: MARIA ADELINA DE TOLEDO RUSSO - SP298613 MARIANA DE TOLEDO RUSSO - SP369169
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: GUSTAVO SILVERIO SANTIAGO (PRESO)
CORRÉU	: ANDREZZA SCARCELLI
CORRÉU	: DANILO CARDOSO ANDRADE

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Prisão Preventiva

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 e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.