



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.394 - SP (2014/0237678-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DOUGLAS SCHAUERHUBER NUNES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALESSANDRO SANTOS DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. ART. 33 DA LEI 11.343/06. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA APTA A JUSTIFICAR A SEGREGAÇÃO CAUTELAR.

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 (Precedentes).

IV - **In casu**, os fundamentos que deram suporte à custódia cautelar do paciente não se ajustam à orientação jurisprudencial deste eg. **STJ**, uma vez que as circunstâncias descritas no decreto prisional não evidenciam a periculosidade do agente apta a justificar a imposição de sua segregação cautelar. Parecer do Ministério Público pela concessão da ordem.

Habeas Corpus não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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), 25 de novembro de 2014 (Data do Julgamento)

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.394 - SP (2014/0237678-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Cuida-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário impetrado em benefício de ALESSANDRO SANTOS DA SILVA, em face de v. acórdão prolatado pela col. Décima Quinta Câmara 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, do delito tipificado no art. 33 da Lei 11.343/06. Posteriormente, a prisão em flagrante foi convertida em preventiva.

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus** perante o eg. Tribunal **a quo**, sustentando a ausência dos requisitos autorizadores da manutenção da segregação cautelar e, ao fim, requerendo a revogação do referido decreto prisional. O eg. Tribunal de origem, à unanimidade, denegou a ordem.

No presente **writ** substitutivo de recurso ordinário, sustenta o impetrante, em síntese, a falta de fundamentação idônea a justificar o decreto da segregação cautelar do paciente.

Requer, portanto, a revogação da prisão preventiva.

Liminar **deferida** às fls. 27-29.

Informações prestadas às fls. 220-231.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 43-64, opinou pelo não conhecimento do **writ**, mas pela **concessão da ordem de ofício**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.394 - SP (2014/0237678-0)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. ART. 33 DA LEI 11.343/06. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA APTA A JUSTIFICAR A SEGREGAÇÃO CAUTELAR.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instrução criminal ou a aplicação da lei penal, **ex vi** do artigo 312 do Código de Processo Penal (Precedentes).

IV - **In casu**, os fundamentos que deram suporte à custódia cautelar do paciente não se ajustam à orientação jurisprudencial deste eg. **STJ**, uma vez que as circunstâncias descritas no decreto prisional não evidenciam a periculosidade do agente apta a justificar a imposição de sua segregação cautelar. Parecer do Ministério Público pela concessão da ordem.

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. **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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

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

No caso, a r. decisão que decretou a prisão preventiva do paciente está fundamentada nos seguintes termos, **in verbis**:

"Vistos.

Trata-se de comunicação de prisão em flagrante de Alessandro Santos da Silva, que noticia a prática da conduta delituosa tipificada no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06.

Manifestou-se a i. representante do Ministério Público requerendo a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

É o relatório.

Passo a decidir.

Segundo os depoimentos prestados perante a Autoridade Policial, os Guardas Municipais, em patrulhamento de rotina no local dos fatos, avistaram o acusado em atitude suspeita, agachado próximo a um poste, pegando um objeto escondido debaixo de uma pilha de tijolos e resolveram abordá-lo. Na revista do acusado encontraram a quantia de R\$ 20,00 (vinte reais) e 05 (cinco) tubetes de cocaína, sendo que ele confessou a propriedade das drogas e afirmou ter adquirido 07 (sete) porções para a revenda.

Há nos autos os depoimentos do condutor e das testemunhas presentes no momento da prisão, sendo o réu interrogado ao final.

Ao concluir as providências necessárias, a autoridade policial deliberou pelo recolhimento do acusado à prisão, por verificar a existência do delito, a legalidade da captura e a autoria deste no delito em testilha.

Verifico que os autos de flagrante estão em ordem e que a situação em que o preso foi detido corresponde a hipótese descrita no artigo 302 do Código de Processo Penal, tendo sido observado, outrossim, o disposto nos artigos 304 e 306 do mesmo Código.

A liberdade provisória ou o relaxamento da prisão é descabida, in casu.

Não há nos autos comprovação lícita ou residência fixa.

Há que se registrar a colidência de primados constitucionais. De um lado, o jus libertatis d averiguado (CF, art. 5º, LXVI); de outro, a ele contrapondo-se diretamente, o direito à segurança, não menos tutelado pelo legislador constituinte (CF, art. 5º, caput). Nesta fase do processo, em que se decide pro societatis, o interesse individual (liberdade), presentes os requisitos da prisão preventiva, cede forçosamente ante o interesse coletivo (segurança), daí se seguindo a legitimidade da segregação cautelar.

Esses fatos levam à inafastável conclusão de que a segregação cautelar do averiguado é medida que se impõe, para garantia da ordem pública, bem como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

assegurar a instrução criminal, uma vez que há prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, corroborada pela confissão do réu [...]" (fls. 23-24).

Consta, ainda, do Auto de Prisão em Flagrante que,

"[...] que não possui antecedentes criminais. Em relação ao crime que pesa contra sua pessoa, o interrogando relata que nesta data foi abordado por guardas municipais quando iria buscar entorpecentes no local dos fatos. O interrogando confessa que vendeu duas porções por R\$20,00 para obter dinheiro e consumir bebida alcoólica, alegando que não é traficante e que vendeu a droga para o fim acima mencionado. Afirma, ainda, ser viciado em drogas e que iria consumir a outra parte que foi apreendida" (fl. 46).

A análise da r. decisão impugnada permite reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, uma vez que os fundamentos que dão suporte à prisão cautelar do paciente não se ajustam à orientação jurisprudencial que esta eg. **Corte Superior de Justiça** firmou acerca da matéria.

Como se sabe, a gravidade abstrata do delito não autoriza a decretação ou a manutenção da prisão cautelar imposta. **Nesse sentido**, os seguintes precedentes desta 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, v.g..

In casu, os fundamentos que deram suporte à custódia cautelar do paciente não se ajustam à orientação jurisprudencial deste eg. **STJ**, uma vez que as circunstâncias descritas no decreto prisional não evidenciam a periculosidade do agente apta a justificar a imposição de sua segregação cautelar.

Por esses motivos, **não conheço** do presente **habeas corpus**.

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: 2014/0237678-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 304.394 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00028119320148260372 21188214120148260000 28119320148260372

EM MESA

JULGADO: 25/11/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DOUGLAS SCHAUERHUBER NUNES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALESSANDRO SANTOS DA SILVA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Liberdade Provisória

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.