



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 375.041 - SP (2016/0272738-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : CARLOS ROBERTO DOS SANTOS OKAMOTO
ADVOGADO : CARLOS ROBERTO DOS SANTOS OKAMOTO - SP103037
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WISLEI SILVA DE SOUZA (PRESO)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. De acordo com a jurisprudência desta Quinta Turma, a sentença penal condenatória superveniente, que não permite ao réu recorrer em liberdade, somente prejudica o exame do *habeas corpus* quando contiver fundamentos diversos daqueles utilizados na decisão que decretou a prisão preventiva, o que não ocorreu no caso dos autos.

3. No caso dos autos, a prisão preventiva do paciente foi decretada e mantida na sentença condenatória com base em fundamentos genéricos relacionados à gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas, sem a observância do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal. Não foram apontados elementos concretos a justificar a segregação provisória. Nem mesmo a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido – 13 gramas de maconha –, podem ser consideradas relevantes a ponto de justificar, por si sós, a custódia cautelar do paciente, sobretudo quando considerada sua primariedade e bons antecedentes.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva do paciente, permitindo-lhe aguardar o julgamento de seu recurso de apelação em liberdade.

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de março de 2017(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 375.041 - SP (2016/0272738-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : CARLOS ROBERTO DOS SANTOS OKAMOTO
ADVOGADO : CARLOS ROBERTO DOS SANTOS OKAMOTO - SP103037
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WISLEI SILVA DE SOUZA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **WISLEI SILVA DE SOUZA** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

" *Habeas Corpus* - Tráfico de Drogas - Sustenta a nulidade do auto de prisão em flagrante ante a violação de domicílio, conquanto os policiais adentraram no quarto do Paciente sem apresentação de mandado judicial - Impossibilidade - Policiais que foram autorizados a entrar na residência pelo próprio Paciente e pela sua avó - Tráfico de drogas é crime permanente, havendo situação de flagrância que autorizou a entrada dos policiais militares - Ausência de laudo toxicológico – Auto de constatação que indica a materialidade do crime de tráfico de drogas Pretensão de revogação da prisão preventiva Impossibilidade - Presentes os requisitos da custódia cautelar Indícios de materialidade e autoria - Decisão que indeferiu a revogação da prisão preventiva devidamente fundamentada - Primariedade e bons antecedentes, não tem o condão de desautorizar a prisão cautelar, se presentes os requisitos - Prisão preventiva é uma modalidade de prisão cautelar, perfeitamente recepcionada pela Constituição Federal, daí que não determina conflito, sua existência, diante da presença de requisitos legais, com o princípio da presunção de inocência - Ordem denegada." (e-STJ, fl. 15)

Colhe-se dos autos que o paciente teve a prisão em flagrante convertida em preventiva, pela suposta prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Neste *habeas corpus*, o impetrante sustenta que: **a)** "o paciente é tecnicamente primário, possui residência fixa e proposta de emprego" (e-STJ, fl. 2); **b)** houve nulidade do flagrante "por ausência de mandado judicial ou autorização do paciente para efetuar busca em sua residência" (e-STJ, fl. 7); **c)** a prisão é nula, "em face da ausência de defensor durante as oitivas das testemunhas, tendo em vista que não consta a assinatura do Defensor no termo de depoimento das testemunhas de acusação" (e-STJ, fl. 9); **d)** "a prisão carece de legalidade, uma vez que não foi realizado o laudo toxicológico" (e-STJ, fl. 10).

Pleiteia a revogação da prisão preventiva do paciente ou sua substituição por medidas cautelares diversas.

O pedido liminar foi indeferido.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento ou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 375.041 - SP (2016/0272738-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : CARLOS ROBERTO DOS SANTOS OKAMOTO
ADVOGADO : CARLOS ROBERTO DOS SANTOS OKAMOTO - SP103037
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WISLEI SILVA DE SOUZA (PRESO)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. De acordo com a jurisprudência desta Quinta Turma, a sentença penal condenatória superveniente, que não permite ao réu recorrer em liberdade, somente prejudica o exame do *habeas corpus* quando contiver fundamentos diversos daqueles utilizados na decisão que decretou a prisão preventiva, o que não ocorreu no caso dos autos.

3. No caso dos autos, a prisão preventiva do paciente foi decretada e mantida na sentença condenatória com base em fundamentos genéricos relacionados à gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas, sem a observância do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal. Não foram apontados elementos concretos a justificar a segregação provisória. Nem mesmo a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido – 13 gramas de maconha –, podem ser consideradas relevantes a ponto de justificar, por si sós, a custódia cautelar do paciente, sobretudo quando considerada sua primariedade e bons antecedentes.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva do paciente, permitindo-lhe aguardar o julgamento de seu recurso de apelação em liberdade.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Passo a análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

Inicialmente, em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de origem (Ação Penal n. 0000539-24.2016.8.26.0060), verificou-se que, em 20.1.2017, o paciente foi condenado à pena privativa de liberdade de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, não lhe sendo permitido recorrer em liberdade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De acordo com a jurisprudência desta Quinta Turma, a sentença penal condenatória superveniente, que não permite ao réu recorrer em liberdade, somente prejudica o exame do *habeas corpus* quando contiver fundamentos diversos daqueles utilizados na decisão que decretou a prisão preventiva (RHC 56.073/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe de 25/08/2015; HC 307.754/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe de 21/05/2015).

In casu, a sentença não inovou nas razões utilizadas para justificar a manutenção da custódia provisória, permanecendo inalterados os fundamentos da decisão objeto deste *habeas corpus*.

Quanto aos requisitos autorizadores da prisão preventiva, tem-se que o paciente foi preso cautelarmente, pelos seguintes fundamentos:

"Noticiam os autos que, no dia 22 de julho de 2016, na Rua Osório Messias de Almeida, n. 3345, Bairro Cachopa, neste município de Aurifloma/SP, Wislei Silva de Souza (RG 43.458.351, filho de João Roberto de Souza e de Solange Madalena Anaiá da Silva, natural de Aurifloma - SP., onde nasceu aos 26/04/1995), foi surpreendido em situação de flagrância, pois mantinha em depósito, para venda, 3 (três) porções de maconha, sendo 2 (duas) porções maiores e uma menor, todas acondicionadas em saquinhos plásticos transparentes, além da importância de R\$ 44,00 (quarenta e quatro reais), em dinheiro trocado, proveniente, em tese, do comércio ilícito de entorpecentes.

[...]

Passo a analisar a necessidade da manutenção da segregação cautelar.

Há evidência do *fumus commissi delicti*, pressuposto da segregação cautelar (CPP, 312, parte final), pois o auto de prisão em flagrante, o auto de exibição e apreensão, o auto de constatação preliminar de substância entorpecente e os depoimentos das testemunhas revelam a existência do crime e indícios suficientes da autoria.

O requisito da prisão preventiva está presente, porque cuidam os autos de suposto crime doloso (tráfico de drogas - art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06) punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos (CPP, 313, I).

Comparece também o *periculum libertatis*, fundamento da custódia provisória (CPP, 312, parte inicial). Confira.

O delito de tráfico de drogas é equiparado a hediondo. Na modalidade ter em depósito, trata-se de crime permanente. Portanto, para cessar a consumação do delito que se protraí no tempo, faz-se necessária a manutenção da prisão do indiciado e, para garantia da ordem pública, é imperiosa a manutenção da custódia cautelar.

Não se olvidar, outrossim, que o delito analisado possui quantidade considerável de pena privativa de liberdade. A experiência tem demonstrado que, em casos semelhantes, existe fundado risco de o infrator tentar eximir-se da responsabilização penal, o que evidencia a necessidade da conservação do ato prisional provisório para assegurar a aplicação da lei penal.

Por outro lado, não se vislumbra, ao menos por ora, a possibilidade de substituição por medida cautelar diversa da prisão (CPP, 282, § 5º). Isso porque, na espécie, as medidas elencadas no artigo 319 do Código de Processo Penal revelam-se insuficientes (CPP, 310, II).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, presentes os pressupostos, fundamentos e requisitos da prisão preventiva, e não se revelando suficientes as medidas cautelares diversas da prisão, faz-se necessária a conversão da prisão em flagrante em preventiva (CPP, 310, II).

Ante o exposto, converto a prisão em flagrante de Wislei Silva de Souza em prisão preventiva." (e-STJ, fls. 27-28)

O Juízo de primeiro grau, ao decretar e manter a prisão preventiva do paciente com base em fundamentos genéricos relacionados à gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas e em elementos inerentes ao próprio tipo penal, não observou o art. 312 do Código de Processo Penal, que 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".

Como se vê, não foram apontados dados concretos a justificar a segregação provisória. Nem mesmo a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido – 13 gramas de maconha (e-STJ, fl. 104) –, podem ser consideradas relevantes a ponto de justificar, por si sós, a custódia cautelar do paciente, sobretudo quando considerada sua primariedade e bons antecedentes.

A propósito:

"PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA QUE MOSTRE A NECESSIDADE DO ENCARCERAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXISTÊNCIA.

1. Mostra-se evidenciado o constrangimento ilegal se a custódia cautelar do recorrente foi decretada com simples referência à ordem pública e afirmações genéricas acerca da gravidade abstrata do crime.

2 - Sem a demonstração concreta da necessidade da medida, que é excepcional e só pode ser imposta mediante a indicação explícita da presença dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, não há como determinar a segregação cautelar.

3 - Ordem concedida para revogar a prisão preventiva, sem prejuízo de que o Juízo de primeiro grau examine se é caso de aplicar uma das medidas cautelares implementadas pela Lei n. 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de nova decretação de prisão, caso demonstrada sua necessidade e desde que fundamentada."

(HC 322.981/SP, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe de 15/09/2015)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. Para a decretação da prisão preventiva, é indispensável a demonstração da 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. Exige-se, ainda, na linha



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em lastro probatório que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato e revele a imprescindibilidade da medida, vedadas considerações genéricas e vazias sobre a gravidade do crime. Precedentes do STF e STJ.

4. Na espécie, a medida constritiva da liberdade foi preservada pelo Tribunal impetrado sem apontar elementos concretos, colhidos do flagrante, relativos à conduta perpetrada pelo paciente, que demonstrem a indispensabilidade da medida restritiva da liberdade, nos termos do art. 312 do CPP. Mesmo a quantidade de droga mencionada (cerca de 68,51g de maconha) não pode ser considerada relevante a justificar a prisão, valendo ressaltar, ainda, que os outros fragmentos de vegetais apreendidos sequer foram identificados como entorpecentes. Precedentes.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para assegurar a liberdade provisória ao paciente, mediante a aplicação das medidas cautelares previstas nos incisos I e IV do art. 319 do Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras que o Magistrado processante julgar pertinentes."

(HC 341.054/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 01/02/2016 - grifou-se)

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para revogar a prisão preventiva do paciente, permitindo-lhe aguardar o julgamento de seu recurso de apelação em liberdade.

Ressalvo a possibilidade de nova decretação da prisão, caso demonstrada, de forma fundamentada, sua necessidade.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Juízo da Vara Única de Auriflama.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0272738-1

HC 375.041 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00005392420168260060 00006102620168260060 20160000674067
21651807820168260000 5392420168260060 6102620168260060

EM MESA

JULGADO: 28/03/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CARLOS ROBERTO DOS SANTOS OKAMOTO
ADVOGADO : CARLOS ROBERTO DOS SANTOS OKAMOTO - SP103037
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WISLEI SILVA DE SOUZA (PRESO)

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.