



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 443.845 - SP (2018/0077006-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ANDRE SPILARI BERNARDI - SP235474
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELIAS DE OLIVEIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. MÉRITO. ANÁLISE DE OFÍCIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. POUCA QUANTIDADE DE DROGA (7,6G DE COCAÍNA). 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 *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. 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.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Brasília (DF), 24 de abril de 2018(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 443.845 - SP (2018/0077006-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ANDRE SPILARI BERNARDI - SP235474
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELIAS DE OLIVEIRA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em benefício de ELIAS DE OLIVEIRA contra acórdão da 15ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2094335-84.2017.8.26.0000).

Extrai-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante pela suposta prática do delito tipificado no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, pois estaria na posse de 7,6g de cocaína. A prisão foi convertida em preventiva.

Contra a decisão, a defesa impetrou a ordem originária, que foi denegada pelo Tribunal *a quo*, em acórdão que recebeu a seguinte ementa (e-STJ fls. 25/30):

HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - PRISÃO PREVENTIVA - ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO CAUTELAR — INOCORRÊNCIA. Decisão suficientemente embasada na presença dos requisitos do artigo 312 Código de Processo Penal, acrescida dos indícios de autoria e materialidade delitiva.

PRIMARIEDADE, BONS ANTECEDENTES E VÍNCULOS COM O DISTRITO DA CULPA. As alegadas condições favoráveis do paciente não são fatores impeditivos da custódia cautelar. Pormenores que se inserem entre as obrigações exigidas de todos os cidadãos, não constituindo virtude ou atributo que possam ser invocados como certidão de caráter ilibado. ORDEM DENEGADA.

No presente *writ*, a defesa ressalta as circunstâncias pessoais favoráveis ao paciente, em especial, o fato de ser menor de 19 anos, primário, de bons antecedentes, com residência fixa e vínculo familiar no domicílio da culpa. Afirma que a pequena quantidade dos entorpecentes destinava-se ao uso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Argumenta que não subsiste vedação legal para a concessão de liberdade provisória aos acusados do delito em questão. Defende que seria suficiente, se fosse o caso, a aplicação de medidas cautelares alternativas, mesmo porque, em caso de condenação, *haverá a possibilidade de fixação de regime diverso do fechado e, ainda a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos* (e-STJ fl. 17).

Requer, assim, em liminar e no mérito, a revogação da prisão, com aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Deferida a liminar (e-STJ fls. 105/109) e prestadas as informações (e-STJ fls. 118/120), o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (e-STJ fls. 121/126).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 443.845 - SP (2018/0077006-0)

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).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 na posse de 7,6g de cocaína.

Nesse contexto, ao decretar a prisão preventiva do paciente, o Juiz singular se pautou na garantia da ordem pública, nos seguintes termos (e-STJ fls. 22/24):

A autoria e materialidade estão, em princípio, suficientemente demonstradas.

Conforme consta no ofício policial, foi realizada a "operação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

saturação" , realizada para inibir a prática de tráfico de drogas. No bar situado no local dos fatos, onde foi efetuada a abordagem a pessoas ali existentes, houve a apreensão do flagrado, que correu em direção ao banheiro, que, de acordo com testemunhas, colocou a mão no interior da cesta de lixo, no qual foram encontrados mais oito porções de cocaína. Consta, ainda, no relato dos milicianos, que o acusado afirmou que ganhou a droga de um indivíduo chamado Denilson, que seria de Jaú e que teria trazido a droga daquela cidade. O depoente, ainda, afirmou que já havia recebido várias denúncia de tráfico de drogas no local. Em interrogatório, o autuado referiu que pagou R\$ 120.00 pela droga e que era destinada a seu uso. Sua versão, todavia, por ora, não encontra supedâneo nos autos, considerando a elevada quantia monetária investida na droga e a ausência de ocupação lícita do acusado comprovada nos autos, o que aponta, por ora, para a mercancia. Diante deste contexto, incabível a Liberdade Provisória, porquanto se encontram presentes, na espécie, os pressupostos e os requisitos da prisão preventiva, (art. 312 e seguintes do CPP), sendo certo que não apenas a gravidade em abstrato da traficância enseja a medida. A novidade da droga encontrada, a ausência de ocupação lícita do acusado que demonstra que não possuía meios de sustentar o vício que afirma ter clamam, neste caso, pela garantia da ordem pública, além da conveniência da instrução criminal, apontam para a decretação da prisão preventiva. Há, também, o Laudo Pericial de constatação de substância entorpecente.

A decretação da preventiva quanto ao acusado é imprescindível neste momento processual.

Como dito, há prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

O crime em tela, da maneira que foi cometido, traz indelével intranquilidade social para a cidade de Dois Córregos. Ensina Guilherme de Souza Nucci:

"Garantia da Ordem Publica. Trata-se da hipótese de interpretação mais extensa na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que em 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"

(Guilherme de Souza Nucci, Código de Processo Penal Comentado, 6ª edição, RT, p. 589/590).

O cometimento deste tipo de delito enseja, sem dúvidas, a sua custódia cautelar Para garantia da ordem pública e . também, por conveniência da instrução criminal. Do mesmo modo, caso o indiciado seja posto em liberdade, poderá frustrar a aplicação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

lei penal.

Vale ressaltar, outrossim, que a hipótese se insere dentre aquelas previstas no art. 313, inciso I, do CPP.

E é exatamente o que ocorreu no caso em análise, não se vislumbrando ter o autuado agido alicerçado por justificativas.

Deste modo, estando formalmente em ordem o flagrante e presentes os pressupostos e requisitos da prisão preventiva, CONVERTO A PRISÃO EM FLAGRANTE de ELIAS DE OLIVEIRA. RG 58710079. FILHO DE ANA MARIA SAPRICIO DE BRITO OLIVEIRA e NIVALDO DE OLIVEIRA EM PRISÃO PREVENTIVA, sob o fundamento do art. 310, inciso II, do CPP (com nova redação dada pela Lei n. 12.403/2011). não sendo o caso de concessão de outras medidas cautelares.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 não justifica, por si só, o encarceramento preventivo, devendo prevalecer, no momento, as circunstâncias favoráveis, em especial, o fato de ser menor de 19 anos, primário, de bons antecedentes, 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 ELIAS DE OLIVEIRA, nos autos da Ação Penal n. 0000127-94.2017.8.26.0598, *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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0077006-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 443.845 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001279420178260598 1279420178260598 20170000454800 20944335842017826000

EM MESA

JULGADO: 24/04/2018

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. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ANDRE SPILARI BERNARDI - SP235474
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELIAS 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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.