



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.473 - SP (2016/0259095-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : LEANDRO RAFAEL ALBERTO
ADVOGADO : LEANDRO RAFAEL ALBERTO - SP343013
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAPHAEL AUGUSTO DE SOUZA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. QUANTIDADE DE MATERIAL TÓXICO APREENDIDO NÃO CONSIDERADA ELEVADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. PACIENTE PRESO HÁ MAIS DE 6 MESES. APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS (ART. 319 DO CPP). ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. 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. Exige-se, ainda que a decisão esteja pautada em lastro probatório que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato (art. 312 do CPP), demonstrada, ainda, a imprescindibilidade da medida. Precedentes do STF e STJ.

3. *A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar e quando realmente mostre-se necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente. Exegese do art. 282, § 6º, do CPP (HC n. 343.961/SP, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 17/3/2016, DJe 8/4/2016).*

4. No caso, o paciente encontra-se preso há mais de 6 meses, mostrando-se suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas, sobretudo diante da quantidade de drogas apreendida (cerca de 20 pinos de *crack*) - não expressiva - e das condições pessoais da agente – primário, sem maus antecedentes, residência fixa, etc. Precedentes.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para revogar a prisão preventiva do paciente, mediante a aplicação de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, a serem estabelecidas pelo Juiz de primeiro grau.

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

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

* Republicado por haver saído com incorreção no DJe de 17.02.2017.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.473 - SP (2016/0259095-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : LEANDRO RAFAEL ALBERTO
ADVOGADO : LEANDRO RAFAEL ALBERTO - SP343013
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAPHAEL AUGUSTO DE SOUZA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de RAPHAEL AUGUSTO DE SOUZA – preso cautelarmente no dia 15/7/2016 pela suposta prática do crime de tráfico de drogas – contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Na ação originária, a defesa alegou que a prisão não foi devidamente motivada e que a droga apreendida não estava em poder do paciente. O Tribunal impetrado, contudo, denegou a ordem, recebendo o acórdão a seguinte ementa (e-STJ fl. 69):

Habeas Corpus. Tráfico de drogas. Prisão preventiva. Pretendida revogação. Inadmissibilidade. Gravidade concreta da conduta. Apreensão de quantidade razoável de droga. Ordem pública que se revela ameaçada. Presença dos requisitos do artigo 312 do CPP. Insuficiência das medidas cautelares alternativas. Inexistência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.

No presente *writ*, o impetrante reafirma, em síntese, estarem ausentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, asseverando, ainda, que a medida é desproporcional, porquanto em caso de eventual condenação certamente será aplicado um regime diverso do fechado. Ressalta, ademais, as qualidades favoráveis do acusado, como primariedade, residência no distrito da culpa e profissão definida, condições pessoais que reforçam o direito do recorrente de responder ao processo em liberdade.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, a expedição do alvará de soltura em favor do recorrente.

O pleito liminar foi indeferido (e-STJ fls. 80/81).

As informações foram prestadas (e-STJ fls. 88/91) e o Ministério Público



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus*, em parecer assim ementado (e-STJ fl. 96):

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. IMPROCEDÊNCIA. RÉU QUE FOI PRESO EM FLAGRANTE COM 19 PORÇÕES DE CRACK ACONDICIONADAS PARA VENDA. CONFIGURAÇÃO DE RISCO À SAÚDE PÚBLICA. CONVERSÃO DA PRISÃO EM PREVENTIVA. LEGALIDADE. NECESSIDADE. DECISÃO QUE LEVOU EM CONTA A NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. PRECEDENTES/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.473 - SP (2016/0259095-2)

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: HC 320.818/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015 e STF, HC n. 113890, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. 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.

Preliminarmente, observa-se que, a despeito de o representante ministerial ter se manifestado pela prejudicialidade do *writ*, não se constatou qualquer informação nos autos, ou mesmo em consulta ao andamento do processo no *site* do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no sentido de que o paciente esteja em liberdade, razão pela qual passo ao exame da alegação de constrangimento ilegal.

No presente caso, busca-se, em síntese, a revogação do decreto prisional ou a aplicação de medidas cautelares mais brandas.

A prisão preventiva é uma medida excepcional, de natureza cautelar, que autoriza o Estado, observadas as balizas legais e demonstrada a absoluta necessidade, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restringir a liberdade do cidadão antes de eventual condenação com trânsito em julgado (art. 5º, LXI, LXV, LXVI e art. 93, IX, da CF).

Para a privação desse direito fundamental da pessoa humana 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 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.

Colhe-se da decisão que homologou o flagrante decretou a prisão preventiva do paciente (e-STJ fl. 43):

RAPHAEL AGUSTO DE SOUZA, qualificado a fls., foi preso em flagrante hoje, acusado de tráfico ilícito de entorpecentes, pois foi surpreendido logo após vender um pino de crack pra conhecido usuário da cidade. Foram ainda encontrados outros 19 pinos da mesma substância na residência, além de cinco porções de maconha, esta última para uso próprio de outros moradores da residência. Há indícios suficientes de autoria e provas da materialidade delitiva. Apesar de primário, a decretação da prisão preventiva é de rigor, para garantia da ordem pública, de que não voltará a delinquir, o que não poderia ser obtido com qualquer outra medida cautelar substitutiva à prisão.

Disse o Tribunal impetrado, por sua vez (e-STJ fl. 72):

(...) analisando a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente, não há nada a ser alterado. O julgado hostilizado levou em consideração as circunstâncias do caso concreto para manter o paciente encarcerado e destacou a necessidade da medida extrema para a garantia da ordem pública.

De fato, os fatos em apuração revestem-se, em seus contornos concretos, de extrema gravidade, pois, segundo consta, há prova da materialidade delitiva e dos indícios de autoria do crime de tráfico de drogas, valendo dizer que foi apreendida quantidade razoável de entorpecentes em poder do paciente.

Tais fatos, data venia, não podem ser menosprezados pelo Poder



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Judiciário com resposta penal incompatível à conduta perpetrada, sendo a prisão cautelar necessária à garantia da ordem pública.

Logo, a manutenção da prisão do paciente pelos motivos delineados pelo i. Magistrado está lastreada em elementos concretos, extraídos dos elementos dos autos, justificando-se satisfatoriamente sobre a presença dos requisitos do art. 312 do CPP, motivo pelo qual não vislumbro qualquer ilegalidade que venha a inquinare referido ato.

Como se vê das transcrições, a segregação cautelar do paciente, **preso há mais de 6 meses**, foi decretada sem elementos suficientes que justifiquem a imprescindibilidade da medida para a garantia da ordem pública. O único elemento concreto apontado, a quantidade de droga apreendida (**cerca de 20 pinos de crack**), somente, não pode ser considerada determinante para o total afastamento do acusado do meio social. Além disso, trata-se de **paciente primário** e não há qualquer dado indicativo de que esteja envolvido de forma profunda com a criminalidade.

Nesse ponto, destaco o seguinte precedente da Suprema Corte:

"A percepção relativa à estabilidade social, ante a quantidade de droga apreendida e a presunção de traficância, não conduz à preventiva, sob pena de solapar-se o princípio da não culpabilidade" (HC n. 116.642, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 26/11/2013, Publicado em 3/2/2014).

Vale enfatizar, ainda, que *A prisão preventiva somente se justifica na hipótese de impossibilidade que, por instrumento menos gravoso, seja alcançado idêntico resultado acautelatório* (HC n. 126.815, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão Ministro EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 04/08/2015, publicado em 28/8/2015).

A prisão provisória – que não deve se 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 quando o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agente demonstre uma intenção efetiva de não se submeter à aplicação da lei penal, o que não se verifica na espécie.

Ausentes, portanto, razões que justifiquem a prisão preventiva do paciente, com base nas hipóteses excepcionais do art. 312 do CPP, sendo possível o acautelamento por meio de outras medidas mais brandas. Em situações análogas:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. REDUZIDA QUANTIDADE DE MATERIAL TÓXICO APREENDIDO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. AGENTE QUE POSSUI FILHO COM POUCO MAIS DE SEIS MESES DE IDADE. PROVIDÊNCIAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ART. 319 DO CPP. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL EM PARTE DEMONSTRADA. CONFIRMAÇÃO DA LIMINAR DEFERIDA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O STF passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi aqui adotado, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. A aplicação de medidas cautelares, aqui incluída a prisão preventiva, requer análise, pelo julgador, de sua necessidade e adequação, a teor do art. 282 do CPP, observando-se, ainda, se a constrição é proporcional ao gravame resultante de eventual condenação.

3. A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar e quando realmente mostre-se necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente. Exegese do art. 282, § 6º, do CPP.

4. No caso, mostra-se devida e suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas, dada a apreensão de reduzida quantidade de estupefaciente e as condições pessoais da agente, primária, sem maus antecedentes e que possui filho com pouco mais de 6 (seis) meses de idade.

5. Habeas corpus não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, para, confirmando a liminar anteriormente deferida, substituir a cautelar da prisão pelas medidas alternativas previstas no art. 319, I, IV e V, do Código de Processo Penal. (HC n. 366.566/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 08/11/2016, DJe 17/11/2016) Notas: **Quantidade de droga apreendida: 18 pedras de crack, pesando 5 g.**

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. 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 ao paciente 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, deixando, contudo, de indicar elementos concretos e individualizados que evidenciassem a necessidade da rigorosa providência cautelar.**

4. **Condições subjetivas favoráveis ao paciente, conquanto não 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 o acusado foi flagrado na posse de 22 porções 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. (HC n. 347.871/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 13/04/2016) Notas: **Quantidade de droga apreendida: 22 g de crack.**

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. GRAVIDADE ABSTRATA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. AUSÊNCIA DE PERICULOSIDADE. RECURSO PROVIDO.

(...)

II - No caso, o recorrente foi preso em flagrante portando 27 pedras de "crack" e 18 papелotes de cocaína. O decreto que impôs a prisão preventiva ao recorrente não apresenta devida fundamentação, uma vez que a simples invocação da gravidade genérica do delito não se revela suficiente para autorizar a segregação cautelar com fundamento na garantia da ordem pública (Precedentes).

III - As condições pessoais benéficas, por si sós, não autorizam a responder ao processo em liberdade. Contudo, tais condições, no caso concreto, aliadas a ausência de fundamentação do decreto preventivo, não evidenciam a periculosidade do recorrente, circunstância que afasta a necessidade de imposição da segregação cautelar (Precedente).

Recurso ordinário provido, mantendo-se o entendimento expresso na decisão liminar, para revogar a prisão preventiva do recorrente, 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. (RHC n. 51.544/MG, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 24/11/2014) Notas: Quantidade de droga apreendida: vinte e sete pedras de crack e dezoito papелotes de cocaína.

Ante o exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem** de ofício para revogar a prisão preventiva do paciente, mediante a aplicação de medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, a serem estabelecidas pelo Juiz de primeiro grau, salvo se por outro motivo não estiver preso.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0259095-2

HC 373.473 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00005571520168260264 20160000672440 21428153020168260000 5571520168260264

EM MESA

JULGADO: 14/02/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LEANDRO RAFAEL ALBERTO
ADVOGADO : LEANDRO RAFAEL ALBERTO - SP343013
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAPHAEL AUGUSTO 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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.