



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 407.525 - SP (2017/0166958-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : LINCOLN AUGUSTO LOPES DA SILVA VARNIER
ADVOGADO : LINCOLN AUGUSTO LOPES DA SILVA VARNIER -
SP306502
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEONARDO SOARES CONSTANTINO (PRESO)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DO DECRETO PRISIONAL. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já 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.

III - **In casu**, a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente, não apresenta devida fundamentação, uma vez que a simples invocação da gravidade genérica do delito, nem mesmo a quantidade de droga apreendida (3 porções de maconha pesando 25,7g), não se revelam suficientes para autorizar a segregação cautelar com fundamento na garantia da ordem pública (HC n. 114.661/MG/STF, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 1º/8/2014).

IV - **Parecer do Ministério Público Federal pela concessão da ordem**, tendo em vista a ausência de fundamentação concreta do decreto de prisão preventiva.

Habeas Corpus não conhecido.

Ordem concedida, de ofício para revogar a prisão preventiva do paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, e sem prejuízo da decretação de nova prisão, desde que concretamente fundamentada, ou de outras medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Brasília (DF), 21 de setembro de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 407.525 - SP (2017/0166958-0)

IMPETRANTE : LINCOLN AUGUSTO LOPES DA SILVA VARNIER
ADVOGADO : LINCOLN AUGUSTO LOPES DA SILVA VARNIER -
SP306502
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEONARDO SOARES CONSTANTINO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de LEONARDO SOARES CONSTANTINO, em face de v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente encontra-se preso preventivamente pela suposta prática do delito de tráfico de drogas (fls. 19-21).

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus** perante o eg. Tribunal de origem requerendo a revogação da prisão cautelar. O pedido foi denegado.

Daí o presente **writ**, no qual sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal devido à **ausência de fundamentos idôneos que justifiquem a manutenção da prisão preventiva**.

Aponta, ainda, a presença de **condições favoráveis** do paciente.

Requer, ao final, a concessão da ordem para garantir ao paciente o direito de responder ao processo em liberdade.

A medida liminar foi **indeferida** às fls. 133-134.

As informações foram prestadas às fls. 139-153.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se, às fls. 156-163, pela **concessão da ordem** em parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. HIPÓTESES TAXATIVAS DO ART 312, DO CPP. AUSÊNCIA OU FRAGILIDADE ARGUMENTATIVA PARA A DECRETAÇÃO OU MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. ADITAMENTO DO TRIBUNAL AO DECRETO CONSTRITIVO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VEDAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

- A jurisprudência desta Corte Superior é remansosa no sentido de que a determinação de encarceramento do réu antes de transitado em julgado o édito condenatório deve ser efetivada apenas se presentes e demonstrados os requisitos trazidos pelo art. 312 do Código de Processo Penal.

- Os argumentos trazidos no julgamento do habeas corpus original pelo Tribunal a quo, tendentes a Justificar a prisão provisória, não se prestam a suprir a deficiente fundamentação adotada em primeiro grau, sob pena de, em ação concebida para a tutela da liberdade humana, legitimar-se o vício do ato construtivo ao direito de locomoção do paciente.

- Parecer pela concessão da ordem de habeas corpus" (fl. 156).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 407.525 - SP (2017/0166958-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : LINCOLN AUGUSTO LOPES DA SILVA VARNIER
ADVOGADO : LINCOLN AUGUSTO LOPES DA SILVA VARNIER -
SP306502
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEONARDO SOARES CONSTANTINO (PRESO)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DO DECRETO PRISIONAL. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já 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.

III - **In casu**, a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente, não apresenta devida fundamentação, uma vez que a simples invocação da gravidade genérica do delito, nem mesmo a quantidade de droga apreendida (3 porções de maconha pesando 25,7g), não se revelam suficientes para autorizar a segregação cautelar com fundamento na garantia da ordem pública (HC n. 114.661/MG/STF, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 1º/8/2014).

IV - **Parecer do Ministério Público Federal pela concessão da ordem**, tendo em vista a ausência de fundamentação concreta do decreto de prisão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preventiva.

Habeas Corpus não conhecido.

Ordem concedida, de ofício para revogar a prisão preventiva do paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, e sem prejuízo da decretação de nova prisão, desde que concretamente fundamentada, ou de outras medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

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

Inicialmente, cumpre ressaltar que a prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constitutiva 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.

A prisão preventiva, portanto, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem permite complementação de sua fundamentação pelas instâncias superiores (**v.g. HC n. 93.498/MS, Segunda Turma**, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 18/10/2012).

Na hipótese, o decreto prisional está fundamentado nos seguintes termos, **in verbis**:

"I) Porque presentes os requisitos legais e por estar o autuado em estado de flagrância quando preso, HOMOLOGO o flagrante.

II) Assim, necessário se faz deliberar, fundamentadamente, acerca das hipóteses previstas no artigo 310, incisos II e III, do Código de Processo Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para decretação da prisão preventiva, seja originária ou decorrente da conversão do flagrante, devem se fazer presentes os fundamentos previstos no artigo 312 e os requisitos específicos do artigo 313, sempre se observando as balizas do artigo 282 (requisitos genéricos), estes aplicáveis a todas as cautelares (prisão e outras).

Em outras palavras, a prisão preventiva somente pode ser decretada (art. 312) como forma de garantir a ordem pública, a ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal (periculum in mora), desde que haja prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (fumus boni iuris).

Ademais, para decretação de tal medida, deve-se levar em consideração a:
i) *necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais, bem como*
ii) *a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado (art. 282). É a aplicação do postulado da proporcionalidade, como forma de proibição de excessos.*

Além disso, o artigo 313 do Código de Processo Penal não deixa dúvidas ao prever que somente se admitirá a prisão cautelar, na modalidade preventiva, quando, alternativamente: i) o crime apurado for punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos; ii) se tiver o indiciado/acusado sido condenado por outro crime doloso, definitivamente, observado o lapso depurador do art. 64, inc. I, do Código Penal; iii) se o crime envolver violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência ou, finalmente; iv) havendo dúvida sobre a identidade civil da pessoa.

Não sendo o crime apurado apenas com pena privativa de liberdade superior a quatro anos, somente será possível a decretação da prisão preventiva na hipótese de descumprimento de alguma outra medida cautelar aplicada.

No caso dos autos, o auto de exibição e apreensão (fls. 13/14), o laudo de constatação preliminar (fls. 15/16) e os depoimentos prestados pelos milicianos Everton Augusto dos Santos e Alex Carlos Poiati (fls. 5 e 7) fornecem indícios suficientes da prática do delito imputado ao autuado. Aliás, este, ao ser interrogado, confessou que iria vender o entorpecente que estava em seu poder.

Além disso, a gravidade do crime de tráfico de drogas e as circunstâncias do fato indicam a necessidade de conversão da prisão em flagrante em preventiva, como forma de se salvaguardar a ordem pública.

No que condiz à ordem pública, Eugênio Pacelli de Oliveira, ao tratar do tema, assim leciona:

Com efeito, haverá, como já houve, situações em que a gravidade do crime praticado, revelada não só pela pena abstratamente cominada ao tipo, mas também pelos meios de execução, quando presentes a barbárie e o desprezo pelo valor ou bem jurídico atingido, reclame uma providência imediata do Poder Público, sob pena de se pôr em risco até mesmo a legitimidade do exercício da jurisdição penal (Curso de Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, pág.528).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aury Lopes Jr (Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Vol.II. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, pág.124), no mesmo sentido, aduz que: não se desconhece que - em situações (efetivamente) excepcionais - a prisão cautelar sob o argumento do 'risco de reiteração' é admitida no direito comparado.

Neste ponto, é importante anotar que as circunstâncias em que o autuado foi surpreendido indicam que o entorpecente seria destinado ao tráfico. Saliente-se que, na posse dele, foram encontradas duas porções de "maconha" e a quantia de R\$ 110,00 (cento e dez reais) em notas diversas. Além disso, em sua residência, no quarto dele, foi apreendida mais uma porção de "maconha", uma balança de precisão, uma faca (provavelmente utilizada para fracionar a droga), uma escova de dente suja de "maconha" e mais R\$ 170,00 em dinheiro.

Ademais, em que pese ter o autuado, em seu interrogatório na delegacia de polícia, ter afirmado não ser traficante, confessou que a adquiriu a droga apreendida para vendê-la.

Assim, como forma de se acautelar o meio social, verifica-se que há necessidade de manter o autuado preso, já que o delito de tráfico imputado a ele é de extrema gravidade, constituindo fator de intranquilidade e temor social. Não é demais ressaltar que o tráfico de drogas tem destruído vida de famílias e constitui uma das principais causas do aumento da criminalidade, mormente em cidades pequenas como General Salgado.

Pelos mesmos fundamentos, observo não ser viável a substituição da prisão preventiva por nenhuma das hipóteses listadas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Diante do exposto, por entendê-la necessária à garantia da ordem pública, visto que insuficiente sua substituição por alguma das medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP, CONVERTO a prisão em flagrante em preventiva em relação ao autuado, com esteio no artigo 310, inciso II, c.c. o artigo 312, ambos do Código de Processo Penal. Expeça-se o competente mandado de prisão" (fls. 19-21).

Ademais, extrai-se do Auto de Prisão em Flagrante Delito - APFD, a informação de que se trata de apreensão de 25,7g de maconha (fl. 68)

A análise do trecho transcrito, portanto, 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 desta Corte, 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. **In casu**, deve ser considerada, também, a pouca quantidade de droga apreendida (25,7g de maconha), conforme laudo acostado à fl. 68.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No mesmo sentido, o parecer do d. representante do Ministério Público Federal, **in verbis**:

"7. A ordem de habeas corpus merece ser concedida, conforme as razões a seguir expendidas.

8. Compulsando os autos, verifica-se que a r. decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva (fls. e-STJ 19/21) não se revestiu da necessária fundamentação capaz de justificar a medida constritiva da liberdade do paciente, porquanto, embora tenha motivado a constrição na necessidade de garantia da ordem pública, o fez apenas com fundamento na gravidade abstrata e na hediondez do delito, bem como na instabilidade social por ele causada, deixando, todavia, de contextualizar em dados concretos, individuais e identificáveis nos autos do processo a necessidade real da segregação cautelar [...]" (fls. 157-158, grifei).

Acerca da **quaestio**, destaco o seguinte precedente do col. **Supremo Tribunal Federal**:

"PRISÃO PREVENTIVA – FUNDAMENTOS – IMPUTAÇÃO. A gravidade da imputação não respalda a prisão preventiva, sob pena de tornar-se, em certas situações, automática. PRISÃO PREVENTIVA – PRÁTICA DELITUOSA – SUPOSIÇÃO. A custódia preventiva que vise a regular instrução criminal deve calcar-se em dados concretos, não se podendo supor a prática de atos que objetivem embaraçá-la" (HC n. 114.661/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 1º/8/2014).

Sobre o tema, ainda, os seguintes julgados desta **Corte Superior de Justiça**:

"[...] TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. CUSTÓDIA ANTECIPADA BASEADA NA GRAVIDADE DOS FATOS CRIMINOSOS E NA NECESSIDADE DE SE COIBIR A PRÁTICA DE TAIS INFRAÇÕES. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DA ORDEM CONSTRITIVA À LUZ DO ART. 312 DO CPP. PACIENTE PRIMÁRIA E SEM ANTECEDENTES CRIMINAIS. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA. LIMINAR DEFERIDA. CONFIRMAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Para que a prisão cautelar, que é medida de exceção, subsista, não basta que se indiquem abstratamente as hipóteses do art. 312 do CPP, devendo-se apontar os fatores concretos que levaram à sua decretação.

2. Há constrangimento ilegal quando a preventiva



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

encontra-se fundada na gravidade genérica dos fatos denunciados, dissociada de qualquer elemento concreto e individualizado que indicasse a indispensabilidade da prisão cautelar à luz do art. 312 do CPP.

3. Condições pessoais favoráveis, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas.

4. Habeas corpus não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício para, confirmando a liminar anteriormente deferida, revogar a custódia preventiva da paciente, se por outro motivo não estiver presa, mediante o compromisso de comparecimento a todos os atos processuais" (HC n. 271.581/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 27/5/2014, grifei).

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. LIBERDADE PROVISÓRIA. TRÁFICO DE DROGAS. VEDAÇÃO APRIORÍSTICA E GENÉRICA. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE ABSTRATA. NULIDADE.

1. Matéria que não foi enfrentada na Corte de origem não pode ser analisada diretamente neste Tribunal Superior, sob pena de supressão de instância.

2. A gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas não serve de fundamento para a negativa da liberdade provisória, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade da vedação apriorística e genérica prevista no art. 44 da Lei n. 11.343/2006.

3. É nula a decisão que decreta a prisão preventiva com base apenas na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, sem fundamentação concreta.

4. Recurso ordinário em habeas corpus conhecido em parte e, nessa extensão, dado provimento para que o paciente responda ao processo em liberdade, mediante estabelecimento, pelo juízo de primeiro grau, das medidas cautelares diversas da prisão que entender cabíveis, salvo se por outro motivo estiver preso" (RHC n. 39.351/PE, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014, grifei).

Na mesma linha, os seguintes precedentes: AgRg no HC n. 278.766/SP, **Quinta Turma**, Rel.^a Min.^a **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.^a Min.^a **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 2/9/2014.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Contudo, concedo a ordem, de ofício, para revogar a prisão preventiva decretada em desfavor do paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, e sem prejuízo da decretação de nova prisão, desde que concretamente fundamentada, ou de outras medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0166958-0

HC 407.525 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001011320178260561 00007741020178260204 1011320178260561 20170000505314
21176556620178260000 7741020178260204

EM MESA

JULGADO: 21/09/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LINCOLN AUGUSTO LOPES DA SILVA VARNIER
ADVOGADO : LINCOLN AUGUSTO LOPES DA SILVA VARNIER - SP306502
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEONARDO SOARES CONSTANTINO (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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

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