



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 327.967 - SP (2015/0148676-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MAILANE RAMOS DOS SANTOS RODRIGUES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SHILTON VIANA (PRESO)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL. TEMAS NÃO ENFRENTADOS NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO CAUTELAR. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. FALTA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. Os temas referentes à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e de alteração do regime inicial não foram apreciados pelo Tribunal *a quo*, que reputou inadequado o manejo do *habeas corpus* como sucedâneo recursal, ante a existência de recurso próprio, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

2. A prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade. *In casu*, prisão provisória que não se justifica ante a fundamentação inidônea, bem como diante do *quantum* da sanção imposta - 1 ano e 8 meses -, decorrente da aplicação da atenuante da menoridade relativa e da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06 em patamar máximo.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, ratificada a liminar deferida, para que o paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que o Juízo *a quo*, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma das medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Brasília, 27 de outubro de 2015(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 327.967 - SP (2015/0148676-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MAILANE R S RODRIGUES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SHILTON VIANA (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de SHILTON VIANA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n.º 2063322-38.2015.8.26.0000).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado em primeiro grau de jurisdição, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06. Confirma-se o teor do *decisum*, no que interessa:

(...) JULGO PROCEDENTE a presente ação penal intentada pela Justiça Pública, para, com base no artigo 33, "caput", da Lei n.º 11.343/06, CONDENAR SHILTON VIANA, menor de vinte e um anos a data dos fatos, às penas de um ano e oito meses de reclusão e pagamento de cento e vinte dias multa em seu valor unitário mínimo.

Com vênia a entendimentos em contrário, entendo inaplicável a Lei n.º 12.736/12; isto porque o Magistrado, no momento da prolação da sentença, não possui os elementos necessários para a aplicação de eventual detração penal e progressão de regime penitenciário. Como cediço, não basta o mero abatimento na pena final do tempo de cumprimento de prisão cautelar; há que se ter em conta as imprescindíveis informações do estabelecimento penal quanto ao comportamento do acusado e folha de antecedentes.

Por sinal, até mesmo a constitucionalidade da lei há que ser analisada de forma mais apurada, visto que, salvo melhor juízo, a alteração normativa ignora o princípio do Juiz Natural e até mesmo da individualização da pena.

Deixo de aplicar pena alternativa ou suspensão condicional da pena, em razão da proibição do § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Nos termos da Lei n.º 8.072/90 e atento ao fato de que o tráfico de drogas fomenta uma série de outros delitos tais como homicídios, roubos, furtos etc., que tem destruído milhares de famílias e ainda que atinge seriamente o Sistema de Saúde do país que, progressivamente vem aumentando seus gastos com internações e tratamento de dependentes químicos, cumprirão os réus as respectivas penas privativas de liberdade inicialmente no regime FECHADO.

O réu permaneceu preso durante o procedimento penal, com a conversão da detenção em flagrante em prisão preventiva, em razão da presença dos requisitos e hipóteses autorizadoras de tal custódia, de tal sorte que não poderá apelar em liberdade, pois não houve qualquer alteração fática de tal quadro.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Destaco que a decisão por maioria de votos do Plenário do Supremo Tribunal Federal no HC nº 104339, quanto a inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei nº 11.343/2006 apenas refere-se à regra que proíbe a liberdade provisória, o que não importa na vedação da decretação da prisão preventiva, desde que presente seus requisitos e pressupostos, o que é o caso *sub judice* (fls. 15/16) (grifou-se).

Inconformada, a Defesa impetrou prévio *writ* perante a Corte de origem, que não conheceu da impetração, nos seguintes termos:

Busca-se, por via transversa e mais célere, o direito de o paciente cumprir pena pelo qual foi condenado em regime menos gravoso do fixado

na r. sentença, bem como a substituição dela por pena alternativa.

O habeas corpus, no entanto, não é a via adequada para que o paciente obtenha benefícios que não foram reconhecidos em sentença ainda sujeita a recurso ordinário, com amplo grau de devolutividade ao órgão ad quem, dependente da verificação de condições objetivas a respeito do crime e subjetivas em relação ao pretendente que não cabe no limite estreito de cognição da ação constitucional, mesmo porque, em princípio, nada há de irregular na fixação do regime inicial fechado para condenado por tráfico, crime este equiparado a hediondo.

(...)

Conquanto não se desconheça as decisões favoráveis do Colendo Superior Tribunal de Justiça, nem mesmo o que dispõem as Súmulas números 718 e 719 da Corte Suprema, o fato é que não cabe na via eleita a alteração de regime prisional de cumprimento de pena privativa de liberdade quando houver fundamentação no decisum para escolha de tal opção, como é a hipótese dos autos.

Da mesma forma a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois apesar de a decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 97.256/RS, consolidada pela Resolução nº 5 do Senado Federal, ter reconhecido ser possível sua aplicação para os delitos previstos na Lei de Drogas, entende-se que o deferimento da substituição deve ocorrer em casos especiais, quando remoto o risco de o agente tornar a transgredir a mesma lei, dado o apelo econômico do tráfico, não trazendo a sociedade a sensação de impunidade e banalização do gravíssimo crime de tráfico de entorpecentes.

Diante do exposto, não se conhece da presente impetração (fls. 20/22).

No presente *mandamus*, alega o impetrante, em síntese, que o paciente sofre constrangimento ilegal em razão da imposição do regime inicial fechado.

Aduz que "a gravidade em abstrato do crime imputado não é fundamento para o estabelecimento do regime prisional", pois "tal circunstância fora considerada pelo legislador por ocasião do estabelecimento do preceito secundário do tipo penal" (fl. 7).

Invoca os enunciados das súmulas n.º 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e n.º 440 desta Corte Superior de Justiça.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Destaca que o paciente é primário e ostenta bons antecedentes.

Assere que "reconhecida a culpabilidade atenuada do agente que preencha os requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, não há que se falar em vedação à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, tampouco em obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início de cumprimento da reprimenda" (fl. 8).

Requer, liminarmente e no mérito, seja fixado o regime inicial aberto, bem como substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Foi deferida liminar, de ofício, em 25.6.2015, para permitir ao paciente que aguardasse em liberdade o julgamento do mérito deste *writ* ou o trânsito em julgado do feito, o que adviesse primeiro, se por outro motivo não estivesse preso.

Foram prestadas informações às fls. 49/63 e 65/68.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Alcides Martins, pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão da ordem, de ofício, a fim de que seja determinado ao Juízo de primeira instância que "verifique se o apenado possui os requisitos para a substituição da pena e as condições para a imposição de regime mais brando, desconsiderando o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07" (fl. 47).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 327.967 - SP (2015/0148676-9)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL. TEMAS NÃO ENFRENTADOS NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO CAUTELAR. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. FALTA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. Os temas referentes à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e de alteração do regime inicial não foram apreciados pelo Tribunal *a quo*, que reputou inadequado o manejo do *habeas corpus* como sucedâneo recursal, ante a existência de recurso próprio, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

2. A prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade. *In casu*, prisão provisória que não se justifica ante a fundamentação inidônea, bem como diante do *quantum* da sanção imposta - 1 ano e 8 meses -, decorrente da aplicação da atenuante da menoridade relativa e da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06 em patamar máximo.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, ratificada a liminar deferida, para que o paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que o Juízo *a quo*, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma das medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Verifica-se que as questões ventiladas no presente remédio heroico, a saber, a possibilidade de alteração do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, não foram apreciadas pelo Tribunal *a quo*, que reputou inadequado o manejo do *habeas corpus* como sucedâneo recursal, ante a existência de recurso próprio, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

Com efeito, a Corte de origem não adentrou ao mérito do *mandamus* lá



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impetrado, e, em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, verificou-se a interposição concomitante de recurso de apelação, ainda pendente de julgamento.

Dessarte, não tendo sido os temas em apreço enfrentados pelo Tribunal de origem, afigura-se inviável o seu conhecimento por este Sodalício. É que as matérias ora suscitadas serão objeto de discussão e análise pelo Tribunal *a quo* por ocasião do julgamento do apelo defensivo, dotado de efeito devolutivo amplo, não havendo falar em constrangimento ilegal a ser sanado por esta via. Nesse diapasão:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO LIMINAR. NULIDADE. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL ESTADUAL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DO PRÉVIO WRIT. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. Em momento algum a matéria articulada no mandamus originário foi enfrentada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que lhe negou seguimento, circunstância que impede a manifestação desta Corte Superior de Justiça, sob pena de operar em indevida supressão de instância.

RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELA DEFESA CONCOMITANTE COM A IMPETRAÇÃO DE HABEAS CORPUS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E ECONOMIA PROCESSUAIS.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça tem se orientado no sentido de não ser cabível a impetração de habeas corpus em substituição aos recursos e ações cabíveis, como ocorre in casu, já que o agravante interpôs recurso de apelação e, concomitantemente, impetrou prévio writ.

2. Tendo-se em conta que a matéria suscitada no mandamus impetrado na origem será objeto de discussão e análise pela Corte Estadual no julgamento da apelação, dotada de efeito devolutivo amplo, por uma questão de economia e celeridade processuais o caso concreto não comporta a concessão da ordem de ofício para que a autoridade indicada como coatora julgue o mérito do remédio constitucional ali aforado.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no RHC 47.078/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/09/2014, DJe 10/09/2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. 1. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. PLEITO DE REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. INTERPOSIÇÃO CONCORRENTE DE RECURSO DE APELAÇÃO PELA DEFESA. MANDAMUS ORIGINÁRIO NÃO CONHECIDO. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NESTA CORTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NECESSIDADE DE PRÉVIO EXAME DA MATÉRIA PELO TRIBUNAL A QUO. 2. WRIT IMPETRADO NA ORIGEM CONTRA SENTENÇA CONDENATÓRIA E CONCOMITANTE A RECURSO DE APELAÇÃO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÃO CABIMENTO. NECESSIDADE DE RACIONALIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS. 3. RECURSO IMPROVIDO.

1. As questões relativas à dosimetria da reprimenda, ao regime inicial de cumprimento e à possibilidade da substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos não podem ser examinadas neste Tribunal se no de origem os temas não foram apreciados, sob pena de indevida supressão de um dos graus de jurisdição, salvo ilegalidade flagrante ou de decisão teratológica.

2. Esta Colenda Corte de Justiça tem orientação no sentido de que, em hipóteses como a que aqui se discute, é inadequado deduzir habeas corpus "quando da sua impetração, já havia sentença condenatória, submetida ao crivo do Tribunal de origem, por meio de apelação" (HC nº 278.146/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 20.11.13).

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no RHC 35.244/MG, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2014, DJe 12/02/2014)

Todavia, da análise dos autos, constata-se patente ilegalidade no tocante à prisão preventiva do paciente.

Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, toda custódia imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige concreta fundamentação, nos termos do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

É de ver que, no processo penal de cariz democrático, a liberdade é a regra, a qual deve ser prestigiada diuturnamente. Outro não foi o norte assinado na recente Lei nº 12.403/11, relativa às medidas cautelares penais, *verbis*:

"Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

(...)

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

(...)

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, **em último caso**, decretar a **prisão preventiva** (art. 312, parágrafo único).

(...)

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)." (NR)

(...)

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, **o juiz deverá** fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação." (NR)

In casu, por ocasião da sentença condenatória, a segregação cautelar do paciente foi mantida nos seguintes termos:

O réu permaneceu preso durante o procedimento penal, com a conversão da detenção em flagrante em prisão preventiva, em razão da presença dos requisitos e hipóteses autorizadoras de tal custódia, de tal sorte que não poderá apelar em liberdade, pois não houve qualquer alteração fática de tal quadro (fl. 16).

Verifica-se que a custódia provisória, medida extrema cujo traço marcante é a excepcionalidade, foi mantida sem respaldo em quaisquer dados colhidos da situação concreta. Pelo contrário, limitou-se o Magistrado a afirmar que o paciente havia permanecido preso durante toda a ação penal e que não houve alteração fática a justificar a sua soltura.

Nunca é demais lembrar que a prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade.

Ora, dúvida não há de que a liberdade, antes do trânsito em julgado, é a regra, não compactuando com a automática determinação/manutenção de encarceramento. Pensar-se diferentemente seria como estabelecer uma gradação no estado de inocência presumida. É-se inocente, numa primeira abordagem, independentemente da imputação. Tal decorre da raiz da idéia-força da presunção de inocência e deflui dos limites da condição humana, a qual se ressentir de imanente falibilidade.

A necessidade de motivação das decisões judiciais - dentre as quais se insere aquela relativa ao *status libertatis* do imputado antes do trânsito em julgado - não pode significar, a meu ver e com todo o respeito dos votos contrários, a adoção da tese de que, nos casos de crimes graves, há uma presunção relativa da necessidade da custódia cautelar. E isso porque a Constituição da República não distinguiu, ao estabelecer que ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, entre crimes graves ou não, tampouco estabeleceu graus em tal presunção. A necessidade de fundamentação decorre do fato de que, em se tratando de restringir uma garantia constitucional, é preciso que se conheça dos motivos que a justificam. É nesse contexto que se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

afirma que a prisão cautelar não pode existir *ex legis*, mas deve resultar de ato motivado do juiz.

Assim, não havendo - como *in casu* não há - a indicação de elementos específicos do caso que, concretamente, apontem a necessidade da medida cautelar, não pode subsistir a decisão, por falta de motivação idônea.

Essa tem sido a orientação deste Superior Tribunal de Justiça, abominando-se a fundamentação da prisão calcada apenas em proposições genéricas:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. *PERICULUM LIBERTATIS*. INDICAÇÃO NECESSÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é remansosa no sentido de que a determinação de segregar o réu, antes de transitada em julgado a condenação, deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela (*periculum libertatis*), à luz do disposto no art. 312 do CPP.

2. A prisão provisória se mostra legítima e compatível com a presunção de inocência somente se adotada, em caráter excepcional, mediante decisão suficientemente motivada. Não basta invocar, para tanto, aspectos genéricos, posto que relevantes, relativos à modalidade criminosa atribuída ao acusado ou às expectativas sociais em relação ao Poder Judiciário, decorrentes dos elevados índices de violência urbana.

3. O Juiz de primeiro grau apontou genericamente a presença dos vetores contidos no art. 312 do Código de Processo Penal, sem indicar motivação suficiente para justificar a necessidade de manutenção da segregação cautelar do paciente, afirmando tão somente que "diante dos fatos até agora apurados verifica-se presente o *periculum libertatis*, justificando a segregação cautelar na garantia da ordem pública, diante da gravidade do crime, e na garantia da instrução criminal".

4. *Habeas corpus* concedido para revogar a prisão preventiva, sem prejuízo da possibilidade de nova decretação da segregação cautelar, se concretamente demonstrada sua necessidade, ou de imposição de medida a ela alternativa, nos termos do art. 319 do CPP.

(HC 299.764/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 02/03/2015)

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PRISÃO CAUTELAR. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DADOS CONCRETOS APTOS A JUSTIFICAR A MANUTENÇÃO DA CONSTRIÇÃO PREVENTIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. EXTENSÃO DOS EFEITOS AOS CORRÉUS EM SITUAÇÃO IDÊNTICA.

1. A prisão preventiva constitui medida excepcional ao princípio da não culpabilidade, cabível, mediante decisão devidamente fundamentada e com base em dados concretos, quando evidenciada a existência de circunstâncias que demonstrem a necessidade da medida extrema, nos termos dos arts. 312 e seguintes do Código de Processo Penal.

2. É despida de fundamentação a decisão que não diz de que forma a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade do paciente colocaria em risco a ordem pública/econômica, a conveniência da instrução criminal ou a aplicação da lei penal, limitando-se a fazer ilações acerca de elementos do tipo penal, sem indicação de nenhum elemento concreto do fato apurado.

3. Existindo corréus em situação fático-processual idêntica e evidenciado que a presente decisão não se vincula a circunstâncias de caráter exclusivamente pessoal, devem ser estendidos seus efeitos, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

4. Ordem concedida para deferir liberdade provisória ao paciente, ratificando a liminar deferida e estendendo os efeitos da decisão para os corréus em situação idêntica.

(HC 303.222/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 02/03/2015)

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. DECRETO CONSTRITIVO CARENTE DE FUNDAMENTAÇÃO. TRIBUNAL *A QUO*. NOVOS FUNDAMENTOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede *habeas corpus* de ofício.

2. A teor do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada quando presentes o *fumus commissi delicti*, consubstanciado na prova da materialidade e na existência de indícios de autoria, bem como o *periculum libertatis*, fundado no risco que o agente, em liberdade, possa criar à ordem pública/econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

3. No caso, o Juiz singular decretou a prisão do paciente levando em conta tão somente a gravidade abstrata do delito e a presunção de que sua liberdade põe em risco a ordem pública e a instrução criminal, não apontando qualquer elemento fático para justificar a necessidade da prisão preventiva.

4. É certo que a quantidade e variedade de droga, segundo reiterada jurisprudência desta Corte de Justiça, podem ser valorados no momento da decretação da custódia. Entretanto, tais circunstâncias não foram levantadas em consideração pelo Juiz processante, razão pela qual não poderiam ser invocadas pela Corte *a quo*, por constituir nítida inovação aos fundamentos da decisão constritiva originária, providência vedada em ação constitucional de *habeas corpus*, destinada ao interesse exclusivo da Defesa.

5. De outro lado, não parece razoável presumir que o paciente, em liberdade, poderá prejudicar a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, sem que se aponte qualquer fato concreto a justificar tal presunção, notadamente por se tratar de réu com condições pessoais favoráveis.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva do paciente, podendo o juiz de primeiro grau decretar nova custódia, desde que devidamente fundamentada, ou verificar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se é o caso de aplicar as medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

(HC 310.722/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 05/03/2015)

Ora, na espécie, a prisão provisória que não se justifica ante a fundamentação inidônea, bem como diante do *quantum* da sanção imposta - 1 ano e 8 meses -, decorrente da aplicação da atenuante da menoridade relativa e da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06 em patamar máximo.

Ante o exposto, **não conheço do writ, mas concedo a ordem, de ofício**, ratificada a liminar deferida, para que o paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que o Juízo *a quo*, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma das medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0148676-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 327.967 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00023537120148260115 20150000309863 20633223820158260000 23537120148260115

EM MESA

JULGADO: 27/10/2015

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MAILANE RAMOS DOS SANTOS RODRIGUES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SHILTON VIANA (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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.