



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.431 - SP (2016/0236848-4)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : ORLANDO MACHADO DA SILVA JUNIOR E OUTRO
ADVOGADO : ORLANDO MACHADO DA SILVA JUNIOR E OUTRO(S) - SP155360
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBERT ALEXSANDER MORAIS MACHADO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (0,65 GRAMAS DE CRACK). CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA EXTREMA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Considerando a natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal – CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos do previsto no art. 319 do CPP.

É certo que *"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 agente demonstre uma intenção efetiva de não se submeter à aplicação da lei penal"* (HC 350.230/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 22/06/2016).

Na hipótese dos autos, não há fundamentos idôneos que justifiquem a prisão processual do paciente. Da leitura do decreto prisional, depreende-se que a cautela foi imposta a partir da gravidade abstrata do delito de tráfico e de sua hediondez, não considerados os elementos concretos do caso, quais sejam, o fato de o agente ser primário e de bons antecedentes, bem como a quantidade de droga encontrada com o paciente – cerca de 0,65g de *crack* –, que não se afigura sobremaneira expressiva para justificar o cárcere antecipado em razão da magnitude do ato ilícito.

Assim, restando deficiente a fundamentação do decreto preventivo quanto aos pressupostos que autorizam a segregação antes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do trânsito em julgado e demonstrando-se a inadequação e a desproporcionalidade no encarceramento do paciente, deve ser revogada sua prisão preventiva.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício para revogar o decreto de prisão preventiva em discussão, ressalvada, ainda, a possibilidade de decretação de nova prisão, se demonstrada concretamente sua necessidade, sem prejuízo da aplicação de medida cautelar diversa, nos termos do art. 319 do CPP.

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 de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 08 de novembro de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.431 - SP (2016/0236848-4)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : ORLANDO MACHADO DA SILVA JUNIOR E OUTRO
ADVOGADO : ORLANDO MACHADO DA SILVA JUNIOR E OUTRO(S) - SP155360
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBERT ALEXSANDER MORAIS MACHADO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de ROBERT ALEXSANDER MORAIS MACHADO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido no HC n. 2153100-82.2016.8.26.0000.

Infere-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante em 23/7/2016, pela suposta prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas). Referida custódia foi convertida em prisão preventiva.

Irresignada, a defesa impetrou *writ* originário perante a Corte estadual, a qual denegou a ordem, em acórdão acostado às fls. 24/29.

Daí o presente *writ*, no qual a defesa alega ausência de elementos concretos que justifiquem a decretação da custódia antecipada. Sustenta que a decisão atacada pautou-se em argumentação genérica, baseando-se tão somente na hediondez do delito.

Afirma, ainda, inexistir provas do envolvimento do paciente com os fatos que lhe são imputados.

Pugna, assim, em liminar e no mérito, pela revogação da prisão preventiva, ainda que seja mediante a aplicação das medidas cautelares previstas no rol do art. 319 do Código de Processo Penal.

Indeferido o pedido liminar (fls. 67/68), as informações foram devidamente prestadas (fls. 78/91 e 93/107) e o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (fls. 143/144).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.431 - SP (2016/0236848-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se no presente *writ* a revogação da prisão preventiva.

O paciente foi preso em flagrante na posse de 3 pedras de *crack* (0,65g).

Por oportuno, segue a transcrição da decisão do Juízo de primeiro grau que, ao homologar a prisão em flagrante, decidiu por convertê-la em preventiva:

Há suficientes indícios de autoria, consistente no fato do indiciado ter sido detido, na posse de 3 (três) pedras de crack, embaladas nos moldes para o comércio. Tal situação traduz indícios de autoria e materialidade, pois as circunstâncias em que foi cometido o delito indicam, em sede de cognição sumária, que em tese foi praticado o crime de tráfico de substâncias entorpecentes (art. 33, "caput" da Lei n.º 11.343/2006).

É necessária a manutenção da custódia do indiciado como garantia da ordem pública, eis que o crime de tráfico está tipificados como crime equiparado a hediondo, comportamento que merece repressão severa e suficiente. Sobre a idéia de manutenção da ordem pública, manifesta-se a doutrina: O significado da expressão "garantia da ordem pública" não é pacífico na doutrina e na jurisprudência. Buscando a manutenção da paz no corpo social, a lei visa impedir que o réu volte a delinquir durante a investigação ou instrução criminal (periculosidade). Pretende, também, resguardar a própria credibilidade da justiça, reafirmando a validade e a autoridade da ordem jurídica, posta em xeque pela conduta criminoso e por sua repercussão na sociedade. (Fábio Ramazzini Bechara. Prisão cautelar. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 155, apud Edilson Mougnot Bonfim. Código de processo penal anotado. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 486).

É que em geral o crime de tráfico não é compatível com a liberdade provisória, ante a periculosidade e a quebra da paz social trazida pela conduta dos agentes (fl. 54).

A referida segregação antecipada foi mantida pelo Tribunal de origem, nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seguintes termos:

Verifica-se ainda que, além da materialidade, dos indícios de autoria e dos requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, a manutenção da custódia do paciente se ampara também na gravidade em concreto do delito de tráfico que se assemelha aos hediondos. É certo que apesar de a gravidade do crime, por si só, não ser suficiente para amparar a prisão, ela deve ser apreciada no momento da decretação da prisão preventiva.

Cumprе salientar que o tráfico de drogas é crime grave que contribui para a prática de inúmeros outros ilícitos penais, tão ou mais graves. Aliás, o tráfico permite que marginais dados à prática de crimes contra o patrimônio, pelo uso de drogas ilícitas, adquiram “coragem” para as empreitadas criminosas. Também o espúrio comércio faz campear a corrupção de agentes públicos, para permitir a continuidade dessas práticas delituosas. Não há como olvidar, ainda, das consequências dessa danosa conduta, a formar multidões de dependentes de drogas ilícitas, que causam a desagregação familiar.

Igualmente, como consequência do tráfico, tem-se a queda da produtividade do cidadão e a dependência do sistema público de saúde, já tão deficiente.

Portanto, as medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, não se mostram suficientes para o caso em comento (fl. 28).

O STJ tem o entendimento pacífico de que a custódia cautelar possui natureza excepcional, somente sendo possível sua imposição ou manutenção quando demonstrado, em decisão devidamente motivada, o preenchimento dos pressupostos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal – CPP.

É certo, ainda, que, em razão do princípio da presunção da inocência ou da não culpabilidade, a prisão preventiva deve ser a exceção, imposta apenas aos casos em que não for possível a manutenção da liberdade com ou sem a implementação de medida cautelar diversa prevista no art. 319 do CPP.

Não se deve olvidar que “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 agente demonstre uma intenção efetiva de não se submeter à aplicação da lei penal” (HC 350.230/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 22/06/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na hipótese dos autos, verifico não estarem presentes fundamentos idôneos que justifiquem a prisão preventiva do paciente. Da leitura do decreto prisional, depreende-se que a cautela foi imposta a partir da gravidade abstrata do delito de tráfico e de sua hediondez, não considerados os elementos concretos do caso, quais sejam, o fato de o agente ser primário e de bons antecedentes.

Ressalte-se, ademais, que a quantidade de drogas encontradas com o paciente – cerca de 0,65 gramas de *crack* – não se afigura sobremaneira expressiva para justificar o cárcere antecipado em razão da magnitude do ato ilícito.

Assim, restando deficiente a fundamentação do decreto preventivo quanto aos pressupostos que autorizam a segregação antes do trânsito em julgado, e demonstrando-se a inadequação e a desproporcionalidade no encarceramento do recorrente, deve ser revogada, *in casu*, sua prisão preventiva.

No mesmo sentido, vejam-se os precedentes desta Corte Superior:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. RISCO À ORDEM PÚBLICA. 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.**

[...]

5. Writ não conhecido. Ordem de habeas corpus



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 350.230/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 22/06/2016).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SÚMULA 691/STF. FLAGRANTE ILEGALIDADE. SUPERAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Nos termos da Súmula 691/STF, não é cabível habeas corpus contra indeferimento de pedido de liminar em outro writ, salvo em casos de flagrante ilegalidade ou teratologia da decisão singular, sob pena de indevida supressão de instância. No caso, observa-se flagrante ilegalidade a permitir a superação do referido óbice sumular.

2. A prisão preventiva do paciente foi decretada com base em fundamentos genéricos relacionados à gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas. Não foram apontados dados concretos a justificar a segregação provisória, nos termos do que dispõe o art. 312 do Código de Processo Penal. Nem mesmo a quantidade de entorpecente apreendido - 7 porções de cocaína e 6 porções de crack - pode ser considerada relevante a ponto de justificar, por si só, a custódia cautelar do paciente.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva do paciente, mediante a aplicação de medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a critério do Juízo de primeiro grau (HC 347.197/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 10/06/2016).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. ASSOCIAÇÃO E TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ILEGALIDADE CONFIGURADA.

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 é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. A teor do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada quando presentes o *fumus comissi 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. De acordo com reiterada jurisprudência desta Corte de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a prisão cautelar, como medida de caráter excepcional, somente deve ser imposta, ou mantida, quando demonstrada concretamente a sua necessidade, não bastando a mera alusão genérica à gravidade do delito.

4. No caso, as instâncias ordinárias motivaram a necessidade da prisão preventiva na gravidade abstrata do delito de tráfico ilícito de entorpecentes e na quantia em dinheiro encontrada (R\$ 6.120,00) na casa do paciente. Contudo, não sendo expressiva a quantidade da substância apreendida (3 pinos de cocaína), bem como inexistindo dados concretos aptos a justificar o acautelamento preventivo, não deve subsistir a custódia do acusado, tendo em vista que é primário, possui bons antecedentes, residência no distrito da culpa e trabalho lícito, conforme comprovado nos autos.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão do paciente, se por outro motivo não se achar custodiado, sem prejuízo de que outra venha a ser decretada de forma fundamentada ou que sejam aplicadas as medidas cautelares alternativas à prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal (HC 317.921/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 09/06/2015).

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para revogar o decreto de prisão preventiva em discussão, ressalvada, ainda, a possibilidade de decretação de nova prisão, se demonstrada concretamente sua necessidade, sem prejuízo da aplicação de medida cautelar diversa, nos termos do art. 319 do CPP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0236848-4

HC 370.431 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00003036420168260580 20160000612823 21531008220168260000 3036420168260580

EM MESA

JULGADO: 08/11/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ORLANDO MACHADO DA SILVA JUNIOR E OUTRO
ADVOGADO : ORLANDO MACHADO DA SILVA JUNIOR E OUTRO(S) - SP155360
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBERT ALEXSANDER MORAIS MACHADO (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Liberdade Provisória

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