



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.537 - SP (2014/0239727-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : **MARCIO ROBERTO GUIMARAES**
ADVOGADO : **MARCIO ROBERTO GUIMARÃES - SP149680**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **THALLES FELIPE GOMES DOS SANTOS (PRESO)**

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE INIDONEIDADE DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. DECRETO FUNDAMENTADO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. **MODUS OPERANDI**. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. DESPROPORCIONALIDADE. PREVENTIVA MAIS GRAVOSA QUE O REGIME A SER FIXADO. INVIABILIDADE. PRESUNÇÃO EM PERSPECTIVA. ORDEM CONCEDIDA.

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 recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu **jus libertatis** antes da execução (provisória ou definitiva) da pena. É por isso 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 (**precedentes**).

III - No caso, o decreto que impôs a prisão preventiva à paciente não apresenta a devida fundamentação, uma vez que a simples invocação da gravidade genérica do delito, bem como a quantidade de droga apreendida em poder da paciente (**6 porções de maconha**), não constituem fundamentos suficientes para autorizar a segregação cautelar com fundamento na garantia da ordem pública. (Precedentes).

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para revogar a prisão preventiva da paciente, salvo se por outro motivo estiver presa, 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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.537 - SP (2014/0239727-7)

RELATÓRIO

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

Depreende-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante, posteriormente convertida em prisão preventiva, pela suposta prática do delito de tráfico de drogas (fls. 70-94).

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus** perante o eg. Tribunal de origem requerendo a revogação da prisão cautelar. O pedido foi denegado em v. acórdão ementado nos seguintes termos:

"HABEAS CORPUS - Tráfico de drogas -Prisão preventiva - Inteligência dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal - Requisitos objetivos e subjetivos verificados - Decisão do Juízo fundamentada - Liberdade provisória incabível - Ordem denegada" (fl. 84).

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**, pois ausentes estão os requisitos autorizadores da constrição cautelar.

Aponta, ainda, a presença de **condições favoráveis** do paciente e a possibilidade de substituição da segregação corporal por medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP.

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. 54.

As informações foram prestadas às fls. 63-94.

A col. Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo **não conhecimento** da impetração.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.537 - SP (2014/0239727-7)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE INIDONEIDADE DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. DECRETO FUNDAMENTADO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. **MODUS OPERANDI**. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. DESPROPORCIONALIDADE. PREVENTIVA MAIS GRAVOSA QUE O REGIME A SER FIXADO. INVIABILIDADE. PRESUNÇÃO EM PERSPECTIVA. ORDEM CONCEDIDA.

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 recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu **jus libertatis** antes da execução (provisória ou definitiva) da pena. É por isso 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 (**precedentes**).

III - No caso, o decreto que impôs a prisão preventiva à paciente não apresenta a devida fundamentação, uma vez que a simples invocação da gravidade genérica do delito, bem como a quantidade de droga apreendida em poder da paciente (**6 porções de maconha**), não constituem fundamentos suficientes para autorizar a segregação cautelar com fundamento na garantia da ordem pública. (**Precedentes**).

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para revogar a prisão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preventiva da paciente, salvo se por outro motivo estiver presa, 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.

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 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, a r. decisão impugnada está fundamentada nos seguintes termos, **in verbis**:

"E isso porque a acusação que pesa contra os investigados é grave, ou seja, de crime de tráfico de drogas.

Policias Militares tinham noticia de que ALAN DE CARVALHO BAZÍLIO e RODOLFO WILLIANS GONÇALVES MARCONDES vendiam drogas cm terreno baldio localizado na altura do nº 147 da Rua Henrique Dias, bairro Olaria. No dia da prisão em flagrante receberam denúncia anônima de que os investigados ingressaram no referido terreno juntamente com TUALLES FELIPE GOMES DOS SANTOS e JOÃO PAULO DL CARVALHO SABINO portando drogas com a finalidade de prepará-las ao tráfico,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*guardando-as próximas a um tronco de árvore. No referido local os investigados foram surpreendidos pelos Policiais Militares, quando com JOÃO PAULO foi encontrado 04 porções de maconha. 01 aparelho celular e a quantia de R\$ 4.45 em dinheiro, com RODOLFO 02 porções de maconha e a quantia de R\$ 19.00 em dinheiro, com **THALES foi encontrado 06 porções de maconha, 01 aparelho celular e a quantia de R\$ 19,00 em dinheiro** e com ALAN foi encontrado 04 porções de maconha" (fl. 72, grifei).*

A análise dos trechos transcritos permite reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, uma vez que os fundamentos que dão suporte à prisão cautelar não se ajustam à orientação jurisprudencial que esta eg. **Corte Superior de Justiça** firmou acerca da matéria.

Como cediço, a gravidade abstrata do delito não autoriza a decretação ou a manutenção da prisão cautelar imposta.

Sobre o tema, veja-se os seguintes precedentes desta eg. Corte:

"[...]

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 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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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).

No mesmo sentido, os seguintes precedentes desta eg. Corte: AgRg no HC n. 278.766/SP, **Quinta Turma**, Rel.^a Min.^a **Laurita Vaz**, DJe de 26/8/2014; 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.

Ademais, não se pode olvidar que a pequena quantidade de drogas apreendida, aliada às condições favoráveis da paciente, são circunstâncias que indicam a pequena proporção da traficância, e reveladoras do caráter excessivo da prisão cautelar imposta na espécie.

Sobre o tema, veja-se:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ARGUMENTOS GENÉRICOS. POUCA QUANTIDADE DE DROGA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. PRIMARIEDADE, COM BONS ANTECEDENTES E RESIDÊNCIA FIXA. REVOGAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. MEDIDAS CAUTELARES. NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO. 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. O exame de ofício do constrangimento ilegal indica que o decreto prisional carece de fundamentação idônea. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida 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 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 motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

3. **Caso em que o decreto que impôs a prisão preventiva à paciente não apresentou motivação concreta, apta a justificar sua segregação, tendo se limitado a abordar, de modo genérico, a necessidade de garantia da ordem pública e a gravidade abstrata do delito. Ademais, a quantidade de droga apreendida em poder do paciente (55 gramas de maconha) é considerada de pequena monta.**

4. A necessidade de garantia da ordem pública e a gravidade abstrata do delito, dissociadas de quaisquer elementos concretos e individualizados que indicassem a necessidade da rigorosa providência cautelar, não constituem fundamentação idônea para justificar a medida extrema. Constrangimento ilegal configurado.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a medida liminar, revogar o decreto prisional da paciente, sob a imposição das medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319, incisos I, IV e IX, do Código de Processo Penal, cuja regulamentação será feita pelo juízo local" (HC n. 356.489/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 12/8/2016).

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. DESPROPORCIONALIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. AGENTE PRIMÁRIO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL EM PARTE DEMONSTRADA. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O STF, buscando dar efetividade às normas previstas na Constituição e na Lei 8.038/90, 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, a segregação antecipada mostra-se desproporcional, revelando-se devida e suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas, dada a apreensão de reduzida quantidade de estupefaciente, a demonstrar que não se trata de tráfico de grande proporção, e às condições pessoais do agente, primário e sem registro de outros envolvimento criminais.**

5. Condições pessoais favoráveis, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando demonstrada a possibilidade de substituição da prisão por medidas diversas, adequadas e suficientes aos fins a que se propõem.

6. Habeas corpus não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, para, confirmando-se a liminar anteriormente deferida, substituir a cautelar da prisão pela medidas alternativas previstas no art. 319, incisos I, IV e V, do Código de Processo Penal" (HC n. 353.981/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 24/6/2016).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. DESCABIMENTO. PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA. INIDONEIDADE PARA JUSTIFICAR A GRAVIDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONCRETA DO CRIME. ILEGALIDADE DA PRISÃO CAUTELAR.

1. *A prisão preventiva se deu com base na gravidade abstrata do delito e pela apreensão de quantidade não relevante da droga, 03 (três) pedras de crack.*

2. *Não servindo a pequena quantidade da droga para justificar a gravidade concreta do crime, e decorrentes riscos à ordem pública, resta no mais mera argumentação da gravidade abstrata do crime, o que é inadmissível para justificar o decreto prisional.*

3. *Habeas corpus concedida para a soltura do paciente, o que não impede eventual decretação motivada de novas cautelares penais, inclusive menos gravosas que a prisão" (HC n. 339.238/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 3/12/2015).*

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**.

Todavia, **concedo a ordem de ofício**, para revogar a prisão preventiva da paciente, **salvo se por outro motivo estiver presa**, 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.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0239727-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 304.537 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00024433720148260323 00025923320148260323 20140000538664
20935148520148260000 2443372014 24433720148260323 25923320148260323

EM MESA

JULGADO: 14/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: MARCIO ROBERTO GUIMARAES
ADVOGADO	: MARCIO ROBERTO GUIMARÃES - SP149680
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: THALLES FELIPE GOMES DOS SANTOS (PRESO)
CORRÉU	: JOAO PAULO DE CARVALHO SABINO
CORRÉU	: RODOLFO WILLIAMS GONÇALVES MARCONDES
CORRÉU	: ALAN DE CASTRO BRAZILIO

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