



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 387.132 - SP (2017/0021356-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : LUIZ GUSTAVO VICENTE PENNA
ADVOGADO : LUIZ GUSTAVO VICENTE PENNA - SP201063
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : IGOR GIRDZYAUSKAS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. PROIBIÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA CONSTANTE DO ART. 44 DA LEI N. 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. DROGA APREENDIDA. REDUZIDA QUANTIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. SUPERAÇÃO DO ENUNCIADO N. 691 DO STF. POSSIBILIDADE. 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. Do mesmo modo, é assente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de não caber *habeas corpus* contra decisão que indefere liminar na origem, na esteira do enunciado da Súmula n. 691 do Supremo Tribunal Federal, aplicável por analogia, salvo se demonstrada flagrante ilegalidade, o que se constata no caso.

3. 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 n. 11.343/2006 pelo Supremo Tribunal Federal.

4. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. 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. Precedentes.

6. *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício, para, ratificando a liminar, 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.

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 e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 20 de abril de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 387.132 - SP (2017/0021356-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : LUIZ GUSTAVO VICENTE PENNA
ADVOGADO : LUIZ GUSTAVO VICENTE PENNA - SP201063
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : IGOR GIRDZYAUSKAS (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em benefício de IGOR GIRDZYAUSKAS contra decisão monocrática que indeferiu o pedido liminar no *writ* manejado perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2009726-71.2017.8.26.0000).

O paciente foi preso em flagrante em 11 de novembro de 2016 e teve a custódia convertida em preventiva, pela suposta infringência ao art. 33, *caput*, c/c art 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006, porque trazia consigo *14 trouxinhas contendo "Cannabis sativa L", popularmente conhecida como "maconha", pesando 26,370 gramas, e 21 invólucros plásticos contendo cocaína, pesando 17,210 gramas* (denúncia às e-STJ fls. 23/24).

Irresignada com a prisão cautelar e o indeferimento do pedido de liberdade provisória, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de origem. O pedido liminar, como antes relatado, foi indeferido (e-STJ fls. 117/119).

Nas razões do presente *mandamus*, o impetrante suscita a nulidade da decisão que decretou a prisão preventiva do paciente, por fundamentação inidônea (gravidade abstrata e hediondez do delito), sem apontar elementos concretos que justificassem a periculosidade do paciente e a necessidade da medida extrema.

Sustenta haver constrangimento ilegal na manutenção da custódia cautelar, tendo em vista a ausência dos pressupostos legais autorizadores previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Destaca, por fim, as condições pessoais favoráveis do paciente.

Diante disso, requer a revogação do decreto de prisão preventiva, ou subsidiariamente, a imposição de medida cautelar.

A liminar foi deferida às e-STJ fls. 123/127.

Informações às e-STJ fls. 140/143.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (e-STJ fls. 145/147).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 387.132 - SP (2017/0021356-0)

VOTO

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

Acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto 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.

Nesse sentido, encontram-se, por exemplo, estes julgados: HC 313.318/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgamento em 7/5/2015, DJ de 21/5/2015; HC 321.436/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/5/2015, DJ de 27/5/2015.

No entanto, nada impede que, de ofício, este Tribunal Superior constate a existência de ilegalidade flagrante, circunstância que ora passo a examinar.

Do que se extrai dos autos, o Ministério Público do Estado de São Paulo ofereceu denúncia contra o paciente imputando-lhe a prática do delito do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Constata-se que a segregação foi fundamentada nos seguintes termos (e-STJ fls. 87/90):

Não há como se cogitar em liberdade provisória, prisão domiciliar ou imposição de medidas cautelares porque se verifica que a infração aqui tratada, cuja autoria é atribuída ao indiciado, envolve a prática de tráfico de drogas, delito doloso, grave e inafiançável, cuja pena privativa de liberdade máxima excede a quatro anos.

A materialidade do delito acha-se caracterizada pela apreensão das drogas mencionadas, para posterior entrega a terceiras pessoas.

Essas circunstâncias revelam comportamento nocivo do agente, lesando profundamente a saúde pública e provocando temeridade social, a fomentar a prática de outras condutas criminosas, inclusive por adolescentes, que se valem de furtos e roubos para o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sustento do vício, assim, colocando em flagrante risco a tranquilidade social e comprometendo seriamente a ordem pública.

O Desembargador Relator, ao indeferir a liminar, teceu as seguintes considerações (e-STJ fls. 117/119):

Vistos,

O Advogado Luiz Gustavo Vicente Penna impetra esta ordem de habeas corpus, com pedido liminar, em favor de IGOR GIRDZYAUSKAS, pleiteando a revogação da prisão preventiva decretada em desfavor do ora paciente, comprometendo-se a comparecer a todos os atos processuais, com a expedição do competente alvará de soltura. No mais, requer a dispensa das informações do cartório, bem como a intimação pessoal do subscritor para a data de julgamento do presente habeas corpus, para fins de sustentação oral.

Indefere-se a liminar.

Trata-se do crime de tráfico de entorpecentes praticado envolvendo menor de idade (art. 33, caput, c.c. art. 40, VI, ambos da Lei n.

11.343/06).

A análise sumária da impetração não autoriza inferir se houve o preenchimento dos requisitos cumulados típicos da medida liminar.

Isso porque, em verdade, a matéria arguida diz respeito ao próprio mérito do presente writ, escapando, portanto, aos restritos limites de cognição da cautelar, que há de ser deferida apenas nos casos em que exsurge flagrante a ilegalidade afirmada.

Quanto ao pedido de dispensa de informações, indefiro, pois a C. Turma Julgadora precisa sopesar as razões de decidir da manifestação do Juiz impetrado a respeito das alegações contidas na inicial, e por meio dessas informações o andamento poderá ser atualizado.

Indefere-se, ainda, a intimação pessoal do subscritor para a sessão de julgamento do habeas corpus, cuja apreciação deve ocorrer, por determinação legal, sempre na próxima reunião da Câmara e independentemente de formalidades, consoante previsão contida no art. 664 e no art. 666, ambos do CPP, bem como no art. 123, §3º, e no art. 248, estes do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Processe-se o habeas corpus, ficando indeferida a liminar pleiteada.

Solicitem-se as informações, remetendo-se, em seguida, os autos à Douta Procuradoria Geral de Justiça.

Após, cls.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conforme exposto por ocasião do deferimento da tutela de urgência, é assente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de não caber *habeas corpus* contra decisão que indefere liminar na origem, na esteira do enunciado da Súmula n. 691 do Supremo Tribunal Federal, aplicável por analogia, salvo se demonstrada flagrante ilegalidade, o que se constata no caso.

Nota-se que as decisões todas fazem referências apenas a ponderações sobre a gravidade abstrata do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, bem como relativas ao mal social decorrente de sua prática. Além disso, aponta a decisão a quantidade de drogas, o que não condiz com a realidade dos autos, nos quais se relata a apreensão de 21 cápsulas com cocaína e 14 porções de maconha, quantidade que, embora razoável, não pode ser considerada expressiva, a ponto de sustentar a necessidade da segregação.

Ressalte-se que a jurisprudência pátria posiciona-se no sentido da impossibilidade de se recolher alguém ao cárcere se inexistentes os pressupostos autorizadores da medida extrema, previstos na legislação processual penal.

No ordenamento jurídico vigente, a liberdade é a regra. A prisão antes do trânsito em julgado, cabível excepcionalmente e apenas quando concretamente comprovada a existência do *periculum libertatis*, deve vir sempre baseada em fundamentação concreta, não em meras conjecturas.

Registre-se, ainda, que a prisão preventiva se trata propriamente de uma prisão provisória; dela se exige venha sempre fundamentada, uma vez que ninguém será preso senão por ordem escrita e **fundamentada** de autoridade judiciária competente (Constituição da República, art. 5º, inciso LXI). Mormente porque a fundamentação das decisões do Poder Judiciário é condição absoluta de sua validade (CRFB, art. 93, inciso IX).

Na hipótese dos autos, contudo, depreende-se que as decisões não indicaram elementos concretos a justificar a segregação do paciente.

Inicialmente, note-se que a gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não serve de fundamento para a imposição de custódia cautelar, porquanto o pleno do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da expressão "e liberdade provisória", constante do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, determinando a apreciação dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, para que, se for o caso, seja decretada a segregação cautelar.

Nesse contexto, não se mostra suficiente para a segregação cautelar *in casu* as ponderações do Magistrado singular a respeito da gravidade abstrata do crime, bem como quanto aos seus efeitos nefastos para a sociedade, porquanto não foi apontado qualquer elemento relativo ao caso em exame que embase a necessidade de excepcional medida constritiva, o que se afigura inadmissível.

Com efeito, "Nem a gravidade abstrata do delito, nem a natureza hedionda do tráfico de drogas, tampouco a simples referência à perniciosidade social do crime e a meras conjecturas, sem nenhuma menção a fatores reais de cautelaridade, servem de motivação idônea para a manutenção da prisão preventiva do réu" (HC n. 288.589/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 25/04/2014).

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 agente demonstre uma intenção efetiva de não se submeter à aplicação da lei penal.

Assim, afirmações genéricas e abstratas sobre a gravidade genérica do delito não são bastantes para justificar a custódia preventiva, caso não haja o apontamento de algum elemento concreto que a fundamente. Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA.

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. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a segregação cautelar é medida excepcional, mesmo no crime de tráfico de entorpecentes. Assim, o decreto de prisão processual não dispensa a especificação concreta de que a custódia atende a pelo menos um dos requisitos do art. 312 do CPP, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação.

3. Caso em que as instâncias ordinárias motivaram a necessidade da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal, destacando a hipotética possibilidade de descumprimento de outras medidas cautelares, e para acautelar a ordem pública, com base na gravidade abstrata do crime, bem como na preocupação com a credibilidade da Justiça.

4. 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-311.285/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, Quinta Turma, j. em 20/8/2015, DJ de 8/9/2015)

[...] 3. **As instâncias ordinárias entenderam devida a prisão preventiva do paciente, com base tão somente em elementos inerentes ao próprio tipo penal em tese violado (como a inafiançabilidade e a hediondez do crime de tráfico, bem como o fato de o tráfico fomentar a prática de outros delitos), sem, no entanto, terem apontado nenhum elemento concreto que, efetivamente, evidenciasse que o paciente, solto, pudesse colocar em risco a ordem pública ou a ordem econômica, ou mesmo se furtar à aplicação da lei penal.**

4. A prevalecer a argumentação dessas decisões, todos os crimes de tráfico ensejariam a prisão cautelar de seus respectivos autores, o que não se coaduna com a excepcionalidade da prisão preventiva, princípio que há de ser observado para a convivência harmônica da cautela pessoal extrema com a presunção de não culpabilidade.

5. Habeas corpus concedido, para tornar definitivos os efeitos da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liminar anteriormente deferida e, conseqüentemente, cassar a prisão preventiva do paciente, [...] (HC-316.708 / SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 30/6/2015, DJe 3/8/2015)

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Entretanto, ratificando a liminar, **concedo a ordem** de ofício, para determinar a soltura do paciente, se por outro motivo não estiver preso, sob a imposição das medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319, incisos I e IV, do Código de Processo Penal, sem prejuízo de que seja decretada nova custódia, com base em fundamentação concreta, caso demonstrada sua necessidade, bem como de que sejam eventualmente fixadas outras medidas cautelares constantes do referido art. 319 pelo Juízo local.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0021356-0

HC 387.132 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00015962520168260530 12702016 15962520168260530 20097267120178260000
2016001474 46202016

EM MESA

JULGADO: 20/04/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUIZ GUSTAVO VICENTE PENNA
ADVOGADO : LUIZ GUSTAVO VICENTE PENNA - SP201063
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : IGOR GIRDZYAUSKAS (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 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 e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.