



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 346.920 - SP (2016/0006622-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : JOSE LUIS STEPHANI
ADVOGADO : JOSÉ LUÍS STEPHANI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLINGTON EDUARDO DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO (NÃO CONHECIMENTO). TRÁFICO DE ENTORPECENTES (HIPÓTESE). PRISÃO PREVENTIVA (REQUISITOS). GRAVIDADE DOS FATOS; INTRANQUILIDADE SOCIAL; ESFACELAMENTO DO NÚCLEO FAMILIAR (MERAS CONJECTURAS). DROGA APREENDIDA (REDUZIDA QUANTIDADE). CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS (AGENTE PRIMÁRIO, DE BONS ANTECEDENTES, COM RESIDÊNCIA FIXA). CONSTRANGIMENTO ILEGAL (CONFIGURADO).

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 (Precedentes).

2. Caso em que o decreto que impôs a prisão preventiva ao paciente não apresentou motivação concreta, apta a justificar sua segregação, tendo se limitado a abordar, de modo abstrato, a gravidade e as consequências do crime de tráfico, como o fato de que o delito causa "*intranquilidade social*" e "*esfacelamento do núcleo familiar*", sem amparo em dados concretos referentes ao caso vertente, mas sim em meras conjecturas.

3. 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, em que o acusado foi flagrado com 33,08 gramas de cocaína (Precedentes).

4. *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício para revogar o decreto prisional do paciente, sob a imposição das medidas cautelares previstas no artigo 319, incisos I e IV, 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 Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de março de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 346.920 - SP (2016/0006622-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : JOSE LUIS STEPHANI
ADVOGADO : JOSÉ LUÍS STEPHANI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLINGTON EDUARDO DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(RELATOR):

Foi o presente *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de WELLINGTON EDUARDO DOS SANTOS – denunciado pela suposta prática de tráfico de entorpecentes – contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Na ação originária, o impetrante alegou, em síntese, "*que a decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva carece de concreta fundamentação. Além disso, ausentes os requisitos da custódia cautelar, tendo em vista que o paciente é primário, possui bons antecedentes e residência fixa*" (e-STJ fls. 33/34).

A Corte estadual, contudo, denegou a ordem, em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 33):

HABEAS CORPUS - Tráfico - Revogação da prisão preventiva - Liberdade provisória - Impossibilidade - Presença dos requisitos ensejadores da segregação cautelar - Ordem denegada.

Nas razões do presente *mandamus*, o impetrante reafirma as alegações originárias, asseverando, ainda, que uma quantidade ínfima de entorpecentes foi encontrada com o paciente, de modo que a prisão preventiva seria desproporcional à futura pena imposta ao paciente e ao regime ideal para o seu cumprimento. Pede, liminarmente, que o acusado aguarde em liberdade o julgamento final deste *writ* e, no mérito, a revogação do decreto de custódia preventiva, com a expedição do competente alvará de soltura, para que o paciente responda solto ao processo, ou que sejam-lhe aplicadas medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal (e-STJ fls. 01/31).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O pleito urgente foi indeferido (e-STJ fls. 193/194).

Prestadas informações pela autoridade coatora, opinou o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ fls. 203/209 e 214/218, respectivamente).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 346.920 - SP (2016/0006622-5)

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.

Comunicado acerca do flagrante, o Juízo de Pirassununga/SP converteu a prisão de WELLINGTON EDUARDO DOS SANTOS em preventiva, em decisão de seguintes termos (e-STJ fls. 36/37):

Auto de flagrante delito formalmente em ordem.

Como se infere da prova até aqui coligida, o investigado se encontrava na posse de 26 porções de cocaína pesando mais de 33 gramas, indicando a natureza e quantidade, bem como as circunstâncias da prisão - em local de grande concentração de pessoas para lazer e recreação -, que a droga se destinava ao consumo de terceiros.

Não se pode olvidar, ademais, que se trata de crime equiparado a hediondo e que fomenta a prática de inúmeros outros delitos das mais variadas espécies, notadamente contra o patrimônio, trazendo intensa intranquilidade social, além de aliciar e corromper inúmeros jovens e esfacelar o núcleo familiar, a recomendar, pois, que o investigado permaneça custodiado cautelarmente para a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

garantia da ordem pública.

Com efeito, diante da gravidade da infração e de sua nocividade à saúde pública e à coletividade **não há como se admitir a aplicação de outras medidas acautelatórias**, constituindo a prisão preventiva do investigado, em tal contexto, medida imprescindível para se resguardar a ordem social e a única compatível com os efeitos deletérios da conduta perpetrada. [...]

Assim, comprovada a materialidade delitiva pelo auto de constatação preliminar de fls. 13 e havendo indícios suficientes de autoria em consonância com os depoimentos dos agentes da autoridade, encontrando-se presentes, portanto, os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, nos termos do artigo 310, II, do aludido Estatuto Legal, converto em prisão preventiva a prisão em flagrante de Wellington Eduardo dos Santos, expedindo-se o competente mandado. [...] (grifos nossos)

Irresignada com o decreto prisional, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal estadual, que denegou a ordem, desta forma (e-STJ fls. 33/35):

[...] ... não se vislumbrou nesta instância o apontado constrangimento ilegal, porque **a decisão de fls. 27/28, que converteu a prisão em flagrante em preventiva, reveste-se de fundamentação legítima, pautada pelos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal**, com substrato nos indícios de autoria e prova da materialidade, mormente considerando que "o investigado se encontrava na posse de 26 porções de cocaína pesando mais de 33 gramas, indicando a natureza e quantidade, bem como as circunstâncias da prisão - em local de grande concentração de pessoas para lazer e recreação -, que a droga se destinava ao consumo de terceiro", motivos aptos a justificar a prisão com vistas à garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e segurança da futura aplicação da lei penal.

Outrossim, a primariedade, a residência fixa e ocupação lícita, como é cediço, são insuficientes à concessão da liberdade provisória do indivíduo, necessitando, ainda, que ele não cumpra os requisitos autorizativos da prisão preventiva (RT/TJSP 615/284 e 645/289).

[...] Por outro lado, trata-se de crime com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 anos, apenado com reclusão, **não havendo que se falar na aplicação das medidas elencadas no artigo 319, do Código de Processo Penal.** [...] (negritos acrescentados)

Cumpre-se verificar se, de fato, falta fundamentação ao cárcere preventivo, como aduz o presente *writ*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ora, é da jurisprudência pátria a 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.

É de ver 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).

Quer-me parecer, no entanto, de nenhuma sustentabilidade os fundamentos locais para a preventiva.

Inicialmente, quando, genericamente, se fundamentou o decreto de prisão, considerou-se que os 33,08 gramas de cocaína importavam numa grande quantidade de droga. Levou-se em consideração também sua grande "nocividade à saúde pública e à coletividade".

Não se pode sustentar, entretanto, que a cocaína tenha poder destrutivo superior a outras drogas, como v.g. o crack, ou a heroína. Ademais, 33g de entorpecentes não é uma expressiva quantidade, a mostrar-se, pura e simplesmente, necessária a custódia cautelar.

Em casos semelhantes, já tratei como grande a quantidade de substância entorpecente, quando me deparei, por exemplo, com 476kg de maconha (HC-321.372/SC, DJe de 12/8/2015).

Também considerei capaz de justificar o cárcere provisório, quando a variedade de droga apreendida era tamanha – 251 sacolés e 112 cápsulas de cocaína, 182



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sacolés de zirre (ou seja, maconha com crack), 182 pedras de crack, 343 sacolés de maconha pronta para venda, um invólucro de maconha prensada e bruta, e 90 sacolés de cocaína (HC-325.711/RJ, DJe de 01/9/2015).

Tratam-se de situações bem diferentes do caso presente, contudo.

Em seguida, entendeu o decreto preventivo que o crime, equiparado a hediondo, "fomenta a prática de inúmeros outros delitos das mais variadas espécies", "trazendo intranquilidade social, além de aliciar e corromper inúmeros jovens e esfacelar o núcleo familiar" (e-STJ fl. 36).

Nesse aspecto, é de ver que expressões como "intranquilidade social" e "esfacelamento do núcleo familiar" não justificam a prisão recaída sobre o paciente, porque se tratam de meras presunções.

A propósito, para a preservação da ordem pública e para cessar a sensação de impunidade, outros meios existem, evidentemente, não se tratando o cárcere de meio único.

O discurso judicial que se apresenta puramente teórico, carente de real elemento de convicção não justifica a prisão. A circunstância de o crime de tráfico fomentar a prática de outros delitos e aliciar inúmeros jovens a se corromper não é bastante para a segregação do paciente, caso não tenham sido informados as circunstâncias pessoais do acusado ou *modus operandi* excepcionais.

Assim, não é crível presumir que o paciente, em liberdade, represente risco à ordem pública. *"Não havendo elementos hábeis e específicos a justificar a custódia, resta configurada ilegalidade na decretação da preventiva, tendo em vista que a fundamentação baseada genericamente na garantia da ordem pública não encontra amparo na jurisprudência desta Corte, mormente considerando a quantidade da droga apreendida (16 cápsulas tipo eppendorf , contendo cocaína, com peso líquido de 4,29g)"* (HC-325.851/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, Quinta Turma, j. em 4/8/2015, DJ de 17/8/2015).

A prisão provisória – que não deve se confundir com a prisão-pena (*carcer*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 a existência de organização criminosa, que necessite ser urgentemente desarticulada, ou quando o agente demonstre uma intenção efetiva de não se submeter à aplicação da lei penal.

Afirmações genéricas de gravidade do delito não são bastantes para justificar a custódia preventiva. Mais ainda quando o paciente guarda condições pessoais favoráveis, como primariedade, bons antecedentes e residência fixa.

Outra não é a orientação deste Superior Tribunal; veja-se:

[...] 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, com residência fixa, ocupação lícita e que frequenta curso universitário.

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 cautelares diversas, adequadas e suficientes aos fins a que se propõem.

6. Habeas corpus não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, para revogar a custódia preventiva da paciente, mediante a imposição das medidas alternativas à prisão previstas no art. 319, I, IV e V, do Código de Processo Penal, expedindo-se alvará de soltura em seu favor, salvo se por outro motivo estiver preso. (HC-318.813/SP, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo, Quinta Turma, j. em 16/6/2015, DJ de 3/8/2015)

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETO CONSTRITIVO CARENTE DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...] 2. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a prisão cautelar, por constituir 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.

3. A decisão que decretou a prisão preventiva do paciente não apresentou motivação concreta apta a justificar a sua segregação, tendo se limitado a abordar, de modo abstrato, a gravidade e as consequências do crime de tráfico, maxime diante das peculiaridades do caso concreto - quantidade e a natureza da droga apreendida (100,15 gramas de maconha).

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício. (HC-313.240/MG, Rel. Min. Gurgel de Faria, Quinta Turma, j. em 26/5/2015, DJ de 8/6/2015)

[...] III - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu jus libertatis antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. 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.

IV - No caso, o decreto que impôs a prisão preventiva ao paciente, flagrado com aproximadamente 6g de cocaína e R\$ 156,00, não apresenta a devida fundamentação, uma vez que a simples invocação da gravidade genérica do delito não constitui fundamento suficiente para autorizar a segregação cautelar com fundamento na garantia da ordem pública (Precedentes).

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício 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 outras medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. (HC-317.889/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 12/5/2015, DJ de 18/5/2015) (negritos incluídos)

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*. No entanto, de ofício, **concedo a ordem**, para determinar a soltura de WELLINGTON EDUARDO DOS SANTOS, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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: 2016/0006622-5

HC 346.920 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00002518920158260552 20150000941573 20822015 22419400520158260000
2518920158260552

EM MESA

JULGADO: 15/03/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOSE LUIS STEPHANI
ADVOGADO : JOSÉ LUÍS STEPHANI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLINGTON EDUARDO DOS SANTOS (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.