



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 362.791 - SP (2016/0184560-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **MARCELO RIGONATO**
ADVOGADO : **MARCELO RIGONATO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **THIAGO APARECIDO SILVA MANUEL (PRESO)**

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ARGUMENTOS GENÉRICOS SOBRE A GRAVIDADE DO DELITO DE TRÁFICO, DE DANO À SOCIEDADE E SOBRE A POSSIBILIDADE DE ATRAPALHAR A INSTRUÇÃO E DE FUGIR. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. AGENTE PRIMÁRIO E COM BONS ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. REVOGAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. *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. No caso, a prisão preventiva do paciente foi decretada sem que fossem apontados dados concretos, à luz do art. 312 do Código de Processo Penal, a respaldar a medida extrema; somente há referências a elementares do tipo penal e termos genéricos da lei processual.

4. Afirmações genéricas e abstratas a respeito da "altíssima periculosidade" do crime, da geração de "danos sociais profundos e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

temor a toda sociedade", ou da vaga possibilidade de influência das testemunhas ou de fuga do paciente não são bastantes para justificar a custódia preventiva. Ainda mais quando se trata de paciente preso em flagrante com pequena quantidade de entorpecente (34,9g de maconha) e que guarda condições pessoais favoráveis, como a primariedade e os bons antecedentes.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem, no entanto, concedida de ofício para revogar o decreto prisional do paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, substituindo a segregação pelas medidas cautelares insculpidas no art. 319, 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, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de agosto de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 362.791 - SP (2016/0184560-9)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : MARCELO RIGONATO
ADVOGADO : MARCELO RIGONATO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO APARECIDO SILVA MANUEL (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em benefício de THIAGO APARECIDO SILVA MANUEL contra acórdão da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2090656-13.2016.8.26.0000).

Extraí-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante pela suposta prática do delito tipificado no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, tendo a prisão sido convertida em preventiva.

Contra a decisão, a defesa impetrou a ordem originária, que foi denegada pelo Tribunal *a quo* em acórdão assim ementado (e-STJ fls. 131/135):

Habeas corpus - Tráfico ilícito de entorpecentes - Revogação da prisão preventiva por ausência de fundamentação - Impossibilidade - Presentes os requisitos do art. 312, do CPP - Prisão preventiva mantida - Ordem denegada.

No presente writ, o impetrante alega que não estão presentes os requisitos autorizadores do art. 312 do Código de Processo Penal.

Sustenta que, *uma vez que nem a decisão da conversão da prisão em flagrante em preventiva nem o acórdão demonstraram o preenchimento dos requisitos autorizadores da prisão descritos no art. 312 do CPP, deve se reconhecer a ausência de fundamentação idônea que justifique a manutenção do cárcere do acusado* (e-STJ fl. 6).

Ressalta as circunstâncias pessoais favoráveis do paciente, entre elas *sua primariedade, residência e que não possui nenhuma condenação nem oferece perigo algum à sociedade* (e-STJ fl. 11).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Menciona a possibilidade de superação do enunciado nº 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, embora não seja o caso dos autos.

Pleiteia, em liminar e no mérito, a expedição de alvará de soltura.

Deferida a liminar (e-STJ fls. 139/144) e prestadas as informações (e-STJ 154/183 e 187/203), o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (e-STJ fls. 207/211).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 362.791 - SP (2016/0184560-9)

VOTO

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

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113.890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014; STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora o impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Busca-se, em síntese, no presente *writ*, a revogação da prisão preventiva do paciente denunciado por tráfico ilícito de entorpecentes.

A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, 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, que assim dispõe:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Quanto aos pressupostos/requisitos da prisão preventiva, colhem-se estas lições do Professor Guilherme de Souza Nucci:

*Entende-se pela expressão **[garantia da ordem pública]** a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente.*

*[A **conveniência da instrução processual**] é motivo resultante da garantia da existência do devido processo legal, no seu aspecto procedimental. A conveniência de todo processo é realização da instrução criminal de maneira lisa, equilibrada e imparcial, na busca da verdade real, interesse maior não somente da acusação, mas, sobretudo, do réu. Diante disso, abalos provocados pela atuação do acusado, [...] a fuga deliberada do local do crime, [...] dentre outras.*

***Asseguração da aplicação da lei penal:** significa garantir a finalidade útil do processo, que é proporcionar ao Estado o exercício do seu direito de punir, aplicando a sanção devida a quem é considerado autor de infração penal* NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2014, p. 699, 708 e 710).

Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que as decisões estejam pautadas em motivações concretas, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

Nesse contexto, ao decretar a prisão preventiva do paciente, o Juiz singular pautou na garantia da ordem pública, nos seguintes termos (e-STJ fls. 30/31):

- 1) O auto de prisão em flagrante está formalmente em ordem e não existem nulidades ou irregularidades a serem sanadas, nos termos do artigo 302 do Código de Processo Penal, de modo que não há que se falar em relaxamento desta prisão.*
- 2) Outrossim, nos termos do artigo 310, inciso II, do Código de Processo Penal (com a atual redação dada pela Lei nº 12.403/11), converto a prisão em flagrante em prisão preventiva.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, os fatos criminosos supostamente praticados pelo preso são gravíssimos, vez que o tráfico de entorpecentes é delito de altíssima periculosidade, estando ligado a várias quadrilhas, gerando danos sociais profundos, prejuízo e temor a toda sociedade ordeira e trabalhadora, o que revela sua periculosidade, ensejando, destarte, ser, a prisão preventiva, necessária para garantia da ordem pública.

Ademais, é certo que, em liberdade, o réu poderá influir no ânimo de testemunhas do crime, em evidente prejuízo à regular instrução processual, cabendo frisar que inexistente prova de ocupação lícita e de vínculo com o distrito da culpa, sendo forçoso concluir que, se livre, poderá se evadir, furtando-se à aplicação da Lei Penal.

A prisão preventiva assim encontra pleno fundamento no artigo 312 do Código de Processo Penal, revelando-se insuficiente, nesses termos, a aplicação de qualquer das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

O Tribunal, por sua vez, confirmou o decreto prisional e manteve a custódia (e-STJ fls. 133/135):

O paciente se encontra preso por suposta prática do crime previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, sendo sua prisão em flagrante convertida em preventiva aos 27.03.2016.

No momento, os autos estão em regular tramitação, tendo a audiência de instrução, debates e julgamento sido designada para o último dia 14.06.2016 (cf. fls. 74).

Em que pese às alegações lançadas pelo combativo impetrante, não se vislumbra a ocorrência do propalado constrangimento ilegal que possa estar sofrendo o paciente.

Isto porque sua prisão tem por fundamento o juízo de admissibilidade da prática delitiva e por estarem presentes os requisitos do art. 312, do Código de Processo Penal, de sorte que não há se falar que mencionada constrição constitua constrangimento ilegal.

Cabe referir que ao paciente é imputada a prática de delito grave, considerado hediondo, que traz conseqüências sociais irreparáveis, sendo fonte geradora de crimes violentos, daí porque, sua custódia cautelar não ofende nem mesmo o princípio da presunção de inocência, uma vez que a própria Constituição Federal a admite, ao permitir a possibilidade de prisão em flagrante ou por ordem devidamente fundamentada.

Ressalto não se vislumbrar qualquer alteração da situação fática a demandar a revogação da medida, prevalecendo os requisitos autorizadores da decretação.

Não há se cogitar em aplicação de medida cautelar diversa da prisão. Isto porque, a nova Lei nº 12.403/11, ainda que de forma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

excepcional, prevê a possibilidade da decretação da prisão preventiva para os crimes dolosos com o máximo de pena privativa de liberdade superior a 4 anos, o que engloba o crime em questão.

Portanto, considerando-se que a situação processual do paciente admite o decreto preventivo, não era mesmo razoável a adoção de medida cautelar diferente da prisão. Aliás, medida diversa da prisão seria claramente insuficiente e geraria sentimento de odiosa impunidade, ainda mais em se tratando de crime tão nefasto.

É de se ressaltar que ao tratar do comércio ilícito de entorpecentes, o legislador introduziu diversas alterações através da lei n.º 11.343/06: descriminalizou o uso; exacerbou penas em alguns casos; permitiu a redução delas em outros; alterou o rito procedimental. E, também, vedou, às expressas, em seu art. 44, caput, a concessão de liberdade provisória no caso das figuras de tráfico previstas nos arts. 33, "caput" e § 1.º, 34 e 37. Não se nega que, em relação a este último item, o E. Supremo Tribunal Federal modificou entendimento anterior, firmando a posição que a vedação da liberdade provisória no caso de tráfico de entorpecentes é inconstitucional. Entretanto, ao contrário do que apressadamente concluíram alguns intérpretes, ávidos do afrouxamento das leis penas, este liberal entendimento não torna obrigatório o benefício, nem vincula o Juiz que, verificando presentes os requisitos da prisão preventiva, poderá, dentro de sua discricionariedade, decretá-la, por óbvio de forma fundamentada (cf. fls. 86/87).

De resto, descabe discussão do mérito da causa, nos limites estreitos do habeas corpus.

Assim, por não se vislumbrar o alegado constrangimento ilegal que possa estar a sofrer o paciente, a solução que melhor se afigura é a denegação da ordem.

Em uma análise detida do inteiro teor da decisão singular, preservada pelo Tribunal impetrado, não se verifica a presença de elementos concretos, colhidos do flagrante, valorados pelo Magistrado para fins de decretação da prisão do paciente, ajustados às hipóteses legais que autorizam, excepcionalmente, a restrição da liberdade. Observa-se que a decisão faz apenas referência ao fato de o crime de tráfico de entorpecentes ser "delito de altíssima periculosidade, estando ligado a várias quadrilhas, gerando danos sociais profundos, prejuízo a temor a toda sociedade ordeira e trabalhadora" (e-STJ fl. 30). Mencionou ainda ser temerosa a soltura porque "o réu poderá influir no ânimo de testemunhas do crime, em evidente prejuízo à regular instrução processual" e que por não ter sido comprovado o vínculo com o distrito da culpa, "forçoso concluir que, se livre, poderá se evadir, furtando-se à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicação da Lei Penal" (e-STJ fl. 31).

O discurso judicial que se apresenta puramente teórico, carente de real elemento de convicção, não justifica a prisão. As circunstâncias levantadas no decreto não são bastantes para a segregação do paciente, caso não tenham sido informados circunstâncias pessoais do acusado ou *modus operandi* excepcionais.

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 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 e abstratas a respeito da "altíssima periculosidade" do crime, da geração de "danos sociais profundos e temor a toda sociedade", ou da vaga possibilidade de influência das testemunhas ou de fuga do paciente não são bastantes para justificar a custódia preventiva. Ainda mais quando se trata de paciente preso em flagrante com pequena quantidade de entorpecente (34,9g de maconha) e que guarda condições pessoais favoráveis, como a primariedade e os bons antecedentes.

Em conclusão, a decisão singular não apontou qualquer dado concreto, à luz do art. 312 do Código de Processo Penal, a respaldar a restrição da liberdade do paciente.

Avaliando as circunstâncias do fato concreto, para garantir a ordem pública, mister substituir a prisão cautelar pelas medidas cautelares insculpidas no art. 319, incisos I e IV do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

O prazo e as condições do comparecimento periódico em Juízo deverão ser fixados pelo Magistrado de primeiro grau.

Diante da ausência de fundamentação idônea, a ordem merece ser concedida de ofício para substituir a prisão preventiva do paciente pelas medidas cautelares retromencionadas, sem prejuízo de que sejam eventualmente fixadas outras medidas cautelares constantes no art. 319 do CPP, a critério do Juízo local.

Ante o exposto, **não conheço do *mandamus*, mas concedo a ordem de ofício** para revogar o decreto prisional de THIAGO APARECIDO SILVA MANUEL, sob a imposição das medidas cautelares previstas no artigo 319, incisos I e IV, do Código de Processo Penal, cuja regulamentação será feita pelo Juízo de primeiro grau, sem prejuízo da fixação de outras medidas cautelares.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0184560-9

HC 362.791 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0003626062016 00036260920168260635 20160000445134 209065613
20906561320168260000 33322016 3626062016 36260920168260635

EM MESA

JULGADO: 23/08/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCELO RIGONATO
ADVOGADO : MARCELO RIGONATO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO APARECIDO SILVA MANUEL (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, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.