



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 473.377 - SP (2018/0265678-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
WILD AFONSO OGAWA FILHO - RS086384B
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS ALVES DE JESUS CAPELLO (PRESO)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. SÚMULA 691 DO 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 do Enunciado n. 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, 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, nos termos do art. 312 do CPP, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, desde que presentes prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

3. No caso, não foram apontados dados concretos que justifiquem a segregação provisória. O magistrado singular utilizou apenas fundamentos genéricos relacionados à gravidade abstrata do crime de tráfico ilícito de drogas, assim como baseou-se em elementos inerentes ao próprio tipo penal, deixando de observar o disposto no art. 312 do CPP. Nem mesmo a quantidade dos entorpecente apreendida – 35,9 gramas de cocaína – pode ser considerada relevante a ponto de autorizar, por si só, a custódia cautelar do paciente, sobretudo quando considerada sua primariedade e seus bons antecedentes.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva imposta ao paciente mediante a aplicação de medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, a critério do Juízo de primeiro grau.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 23 de abril de 2019 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 473.377 - SP (2018/0265678-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
WILD AFONSO OGAWA FILHO - RS086384B
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS ALVES DE JESUS CAPELLO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **LUCAS ALVES DE JESUS CAPELLO** em que se aponta como autoridade coatora Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que indeferiu o pedido de medida liminar veiculado no *writ* originário.

Colhe-se dos autos que o paciente teve a prisão em flagrante convertida em preventiva pela suposta prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Neste *writ*, o impetrante sustenta, em síntese, que: **a)** não estão presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva; **b)** é suficiente a imposição de medidas cautelares diversas da prisão; **c)** o paciente é "primário e portador de bons antecedentes", além de possuir "residência fixa" (e-STJ, fl. 7); **d)** se o paciente vier a ser condenado, sua provável pena futura revela a desproporcionalidade da prisão preventiva.

Pleiteia a revogação da custódia preventiva ou a substituição dela por medidas cautelares diversas da prisão.

O pedido liminar foi deferido.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 473.377 - SP (2018/0265678-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
WILD AFONSO OGAWA FILHO - RS086384B
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS ALVES DE JESUS CAPELLO (PRESO)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. SÚMULA 691 DO 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 do Enunciado n. 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, 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, nos termos do art. 312 do CPP, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, desde que presentes prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

3. No caso, não foram apontados dados concretos que justifiquem a segregação provisória. O magistrado singular utilizou apenas fundamentos genéricos relacionados à gravidade abstrata do crime de tráfico ilícito de drogas, assim como baseou-se em elementos inerentes ao próprio tipo penal, deixando de observar o disposto no art. 312 do CPP. Nem mesmo a quantidade dos entorpecente apreendida – 35,9 gramas de cocaína – pode ser considerada relevante a ponto de autorizar, por si só, a custódia cautelar do paciente, sobretudo quando considerada sua primariedade e seus bons antecedentes.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva imposta ao paciente mediante a aplicação de medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, a critério do Juízo de primeiro grau.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Conforme a Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal e de acordo com numerosos julgados desta Corte, não é admissível *habeas corpus* em face de decisão denegatória de liminar em outro *writ*, salvo em caso de flagrante ilegalidade ou teratologia da decisão impugnada (HC 470.892/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2018, DJe 26/10/2018; HC 462.867/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2018, DJe 7/11/2018).

No caso, observa-se a existência de ilegalidade suficiente para, excepcionalmente, autorizar a superação da aludida Súmula 691, de modo a permitir a análise do mérito deste *writ*.

A prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, desde que presentes prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

No caso dos autos, a custódia cautelar foi decretada pelos seguintes fundamentos:

"Nos termos do artigo 310 do Código de Processo Penal, o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá: (i) relaxar a prisão ilegal; (ii) converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do artigo 312 do Código de Processo Penal e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversa da prisão; ou (iii) conceder liberdade provisória com ou sem fiança. O auto de prisão em flagrante, da forma como se apresentado, reveste-se da legalidade exigida, estando configurada situação prevista no artigo 302 do Código de Processo Penal, não sendo, portanto, caso de relaxamento. Segundo consta, as testemunhas policiais civis relatam que receberam denúncias de que na residência da indiciada Claudete estava ocorrendo o tráfico de drogas, sendo informados que seu namorado, o indiciado Lucas, estava abastecendo a residência com drogas. Que em diligências preliminares, constatarem a movimentação típica de tráfico no local, sendo que uma mulher efetuava a venda da droga no portão da casa e um indivíduo conduzindo uma motocicleta adentrou na residência. Que em cumprimento a mandado de busca domiciliar expedido pela 2ª Vara Criminal local, os policiais adentraram na residência e identificaram a indiciada Claudete como sendo a mulher que efetuava a venda da droga no portão da residência e o indiciado Lucas como sendo o condutor da motocicleta. Que a indiciada já era conhecida dos meios policiais como traficante de drogas. Que em revista pessoal, encontraram R\$ 30,00 no bolso da bermuda de Lucas, além de R\$ 250,00 em notas diversas dentro de uma bolsa masculina de propriedade do indiciado, bem como R\$ 96,00 em notas diversas dentro de uma bolsa feminina da indiciada. Relataram que em um berço que estava na área dos fundos, **localizaram 48 (quarenta e oito) pinos de cocaína**, que estavam dentro de uma meia feminina, dentro do bolso de um short jeans, bem como a quantia de R\$ 328,00 em notas diversas. Que indagados, a indiciada ficava pedindo para Lucas assumir a propriedade das drogas, enquanto o mesmo se calava. Em seus interrogatórios perante a Autoridade Policial (fls. 07 e 12), os indiciados negaram a prática do tráfico de drogas. Após análise dos autos, no momento, reputo necessária a custódia dos indiciados para manter a ordem pública, garantir a possível instrução penal, assim como a aplicação da lei penal. Ademais, as medidas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal revelam-se inadequadas para o caso. No presente caso, os indiciados foram presos em flagrante pelo crime de tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico (art. 33, 'caput' e art. 35, ambos da Lei nº 11.343/06), delitos gravíssimos e que causam repercussão geral. A ordem pública é ofendida quando a conduta do agente provoca algum impacto na sociedade, lesando valores significativamente importantes. No caso, a ofensa é palpável. **O laudo de constatação prévia de fls. 35 constatou ser a substância entorpecente cocaína e ter peso total de 35,90 gramas.** Portanto, presentes indícios de materialidade e da autoria do crime de tráfico de drogas, mormente pelos relatos das testemunhas policiais civis (fls. 03/06), os quais descreveram a dinâmica dos fatos que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apontam para a prática delitiva dos indiciados. No caso em testilha, na atual fase, devem prevalecer os princípios da defesa social, da segurança e da segura instrução penal. Também, são princípios que, de forma escoreita, embasam ainda mais os requisitos da prisão cautelar, ainda que **o indiciado Lucas seja, em tese, primário** (fl. 43). Já a indiciada Claudete, conforme se verifica em sua folha de antecedentes (fl. 44/48), possui antecedentes na esfera criminal, inclusive com condenação transitada em julgado pela prática do crime de posse de drogas para uso pessoal (fls. 47/48). De igual modo, a mera existência de qualidades subjetivas supostamente favoráveis aos indiciados não induz direito à liberdade provisória, quando presentes os requisitos legais da custódia. Neste sentido, [...] Lembro ainda que, no caso em tela, os indiciados teriam agido em conjunto para praticar o delito, o que torna suas condutas mais graves. Assim, os elementos de prova juntados aos autos demonstram a excessiva gravidade concreta do caso em tela, caracterizando, a meu ver, situação excepcionalíssima apta a ensejar a manutenção do cárcere cautelar, ainda que a indiciada Claudete possua a curatela de uma neta com 2 anos de idade, conforme informações nos autos (fls. 07 e 12) e relatado nesta custódia. Assim, deixo de conceder a substituição de custódia cautelar por prisão domiciliar em favor da indiciada, com base no Ven. Acórdão proferido no julgamento, pelo Col. Supremo Tribunal Federal, do *habeas corpus* coletivo n. 143.641/SP, vez que neste momento não se verifica no presente expediente instruído com documentos comprobatórios de guarda e dependência da neta menor de idade, por parte da indiciada, em que pese ter relatado que possui a curatela da menor. E de fato, a Corte Suprema concedeu a algumas presas a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, com o intuito de proteger, principalmente, a primeira infância dos filhos delas. Contudo, essa medida não deve ser adotada sem qualquer critério, sem se cogitar de reconhecimento automático do direito a aguardar o processo em prisão domiciliar, principalmente porque o v. acórdão estabeleceu que, em situações excepcionalíssimas, a custódia cautelar da reclusa poderá ser mantida mesmo que se trate de agente primário e delito cometido sem violência ou grave ameaça contra a pessoa. Assim, a condição de mulher com filho ou dependentes de até 12 anos incompletos não pode ser interpretada como um salvo-conduto que a torne imune a ser recolhida em estabelecimento prisional. E no presente caso, a excepcionalidade encontra-se presente. Destaca-se que a indiciada estava praticando o tráfico de drogas em sua própria residência, o que torna a concessão da prisão domiciliar incabível no presente caso. A colocação da paciente em prisão domiciliar não impediria que ela voltasse à prática do crime relatado. Lembro que o objetivo da norma é a tutela dos direitos da criança e não os da mãe, ou da avó que tem sua guarda, que em liberdade pode até representar risco para a própria prole os seus dependentes. Assim, a prisão dos indiciados justifica-se, principalmente pelo risco da reiteração da conduta criminosa, de maneira que a garantia da ordem pública funciona como arrimo para a custódia. Portanto presentes o 'fumus commissi delicti' e o 'periculum libertatis'. Por fim, as medidas cautelares não se mostram adequadas à gravidade concreta do crime de tráfico de entorpecentes, não preenchido o requisito do artigo 282, inciso II, do Código de Processo Penal. Sendo assim, presentes os requisitos da prisão preventiva (artigo 312 do Código de Processo Penal), estando o flagrante formalmente em ordem, ante o exposto, com fundamento nos artigos 310, II e 312, do Código de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processo Penal, CONVERTO A PRISÃO EM FLAGRANTE DOS AUTUADOS LUCAS ALVES DE JESUS CAPELLO e CLAUDETE APARECIDA DE CARVALHO POLETTE EM PRISÃO PREVENTIVA" (e-STJ, fls. 16-19, grifou-se).

Como se vê, não foram apontados dados concretos que justifiquem a segregação provisória. O magistrado singular utilizou apenas fundamentos genéricos relacionados à gravidade abstrata do crime de tráfico ilícito de drogas, assim como baseou-se em elementos inerentes ao próprio tipo penal, deixando de observar o disposto no art. 312 do CPP. Nem mesmo a quantidade dos entorpecentes apreendida – 35,9g (trinta e cinco gramas e nove decigramas) de cocaína (e-STJ, fl. 55) – pode ser considerada relevante a ponto de autorizar, por si só, a custódia cautelar do paciente, sobretudo quando considerada sua primariedade e seus bons antecedentes.

A propósito:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. PROIBIÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA CONSTANTE DO ART. 44 DA LEI Nº 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. 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, deixando, contudo, de indicar elementos concretos e individualizados que evidenciassem a necessidade da rigorosa providência cautelar.

4. 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 os acusados foram flagrados na posse de 61g de cocaína. Precedentes.

5. *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* 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 438.301/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 3/4/2018, DJe 12/4/2018).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. INDEFERIMENTO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. ART. 312 DO CPP. *PERICULUM LIBERTATIS*. PROPORCIONALIDADE. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. ORDEM CONCEDIDA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a determinação de segregar cautelarmente o réu deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela (*periculum libertatis*), à luz do disposto no art. 312 do CPP.

2. Embora o Juízo de primeiro grau mencione a natureza e na quantidade das drogas apreendidas (67 microtubos de cocaína), a revelar a necessidade de algum acautelamento da ordem pública, não se mostram suficientes as razões elencadas para embasar a custódia preventiva, porquanto não contextualizaram, com base em elementos concretos dos autos e em juízo de proporcionalidade, a imposição da medida extrema.

3. Ainda que se possa extrair, pela prática delitiva, a possibilidade de que, em liberdade plena, venha o paciente a novamente praticar a mercancia ilícita, não se justifica mantê-lo sob o rigor da prisão preventiva, se outras providências, igualmente idôneas e com menor carga coativa sobre a liberdade de ir e vir, se mostram suficientes para proteger o interesse social sob risco.

4. Ordem concedida para, confirmando a liminar, substituir a prisão preventiva do paciente pelas medidas cautelares previstas no art. 319, I, II e V, do CPP, sem prejuízo de outras medidas que o prudente arbítrio do Juízo natural da causa indicar cabíveis e adequadas, bem como de nova decretação da prisão preventiva se efetivamente demonstrada sua concreta necessidade."

(HC 409.831/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/4/2018, DJe 11/5/2018).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Não obstante, **concedo a ordem, de ofício**, para, confirmando a liminar anteriormente deferida, revogar a prisão preventiva imposta ao paciente mediante a aplicação de medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, a critério do Juízo de primeiro grau.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0265678-0

HC 473.377 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15001172420188260603 22127542920188260000

EM MESA

JULGADO: 23/04/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO WILD AFONSO OGAWA FILHO - RS086384B
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: LUCAS ALVES DE JESUS CAPELLO (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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.