



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 886278 - ES (2024/0017572-0)

**RELATORA** : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**  
**IMPETRANTE** : MARINA VOTICOSKI LINTZ  
**ADVOGADO** : MARINA VOTICOSKI LINTZ - ES027387  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
**PACIENTE** : MARCELO HENRIQUE BUDKOWSKY (PRESO)  
**OUTRO NOME** : MARCELO HENRIQUE BUDKOSKY (PRESO)  
**CORRÉU** : ALAN PATRICK BUDKOWSKY  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

### EMENTA

*DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO OU REVISÃO CRIMINAL. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. PEQUENA QUANTIDADE DE MACONHA, 49 BUCHAS. ILEGALIDADE FLAGRANTE. CONCESSÃO DE ORDEM DE OFÍCIO. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. FIXAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES.*

#### I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus impetrado em substituição a recurso próprio ou revisão criminal, questionando a prisão preventiva decretada contra o paciente. Pedido subsidiário de concessão de ordem de ofício em razão de flagrante ilegalidade.

#### II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) definir se o habeas corpus é cabível como substituto de recurso próprio ou revisão criminal; (ii) analisar se há flagrante ilegalidade que justifique a concessão da ordem de ofício.

#### III. RAZÕES DE DECIDIR

3. Conforme entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio ou revisão criminal, salvo em casos de flagrante ilegalidade que gerem constrangimento ilegal.

4. A prisão preventiva só deve ser mantida quando houver elementos concretos que justifiquem sua necessidade, nos termos dos arts. 282, § 6º, e 312 do CPP. A simples gravidade do crime ou a garantia abstrata da ordem pública não bastam.

5. A superlotação carcerária e a banalização da prisão preventiva foram reconhecidas como problemas estruturais pelo

STF na ADPF 347, devendo ser priorizada a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão sempre que possível.

6. No caso concreto, a manutenção da prisão preventiva se revela desproporcional e não justificada por elementos individualizados que demonstrem a necessidade da custódia cautelar.

IV – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONDEDIDA DE OFÍCIO.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília, 24 de outubro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira  
Relatora



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 886278 - ES (2024/0017572-0)

**RELATORA** : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**  
**IMPETRANTE** : MARINA VOTICOSKI LINTZ  
**ADVOGADO** : MARINA VOTICOSKI LINTZ - ES027387  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
**PACIENTE** : MARCELO HENRIQUE BUDKOWSKY (PRESO)  
**OUTRO NOME** : MARCELO HENRIQUE BUDKOWSKY (PRESO)  
**CORRÉU** : ALAN PATRICK BUDKOWSKY  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

### EMENTA

*DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO OU REVISÃO CRIMINAL. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. PEQUENA QUANTIDADE DE MACONHA, 49 BUCHAS. ILEGALIDADE FLAGRANTE. CONCESSÃO DE ORDEM DE OFÍCIO. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. FIXAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES.*

#### I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus impetrado em substituição a recurso próprio ou revisão criminal, questionando a prisão preventiva decretada contra o paciente. Pedido subsidiário de concessão de ordem de ofício em razão de flagrante ilegalidade.

#### II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) definir se o habeas corpus é cabível como substituto de recurso próprio ou revisão criminal; (ii) analisar se há flagrante ilegalidade que justifique a concessão da ordem de ofício.

#### III. RAZÕES DE DECIDIR

3. Conforme entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio ou revisão criminal, salvo em casos de flagrante ilegalidade que gerem constrangimento ilegal.

4. A prisão preventiva só deve ser mantida quando houver elementos concretos que justifiquem sua necessidade, nos termos dos arts. 282, § 6º, e 312 do CPP. A simples gravidade do crime ou a garantia abstrata da ordem pública não bastam.

5. A superlotação carcerária e a banalização da prisão preventiva foram reconhecidas como problemas estruturais pelo

STF na ADPF 347, devendo ser priorizada a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão sempre que possível.

6. No caso concreto, a manutenção da prisão preventiva se revela desproporcional e não justificada por elementos individualizados que demonstrem a necessidade da custódia cautelar.

IV – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONDEDIDA DE OFÍCIO.

## RELATÓRIO

Tendo em vista as orientações e valores destacados no Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples, o qual está pautado em instrumentos internacionais de direitos humanos e de acesso à Justiça, adoto o último relatório contido nos autos (e-STJ, fls. 313):

*Trata-se de habeas corpus com pedido de liminar impetrado em favor de MARCELO HENRIQUE BUDKOWSKY, em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (HC n. 5014476-56.2023.8.08.0000).*

*Consta dos autos que a prisão em flagrante do paciente restou convertida em preventiva em razão do suposto cometimento do crime capitulado no art. 33, caput, c/c art. 40, inc. III, ambos da Lei 11.343/06 (fls. 63/64), termos em que denunciado (fls. 77/79).*

*Impetrado prévio writ, o Tribunal de origem denegou a ordem em acórdão assim ementado (fls. 66/67):*

**HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DECISÃO FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, EVIDENCIADA PELA GRAVIDADE EM CONCRETO DA CONDUTA. PRESENTES REQUISITOS DO ART. 312, DO CPP. CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA. ORDEM DENEGADA.**1. A decretação ou a manutenção da prisão preventiva depende da demonstração categórica de um ou mais dos requisitos do art. 312, do Código de Processo Penal. Para isso, o Julgador deve consignar, expressamente, elementos reais e concretos indicadores de que o indiciado ou acusado, solto, colocará em risco a ordem pública ou econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal. *Precedentes STJ.*2. Presentes os requisitos do *fumus comissi delicti* (indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do crime) e do *periculum libertatis* (gravidade em concreto da conduta e garantia da ordem pública). 3. Caso em que a custódia cautelar está suficientemente fundamentada na garantia da ordem pública, tendo sido amparada na especial gravidade em concreto da conduta, evidenciada pela tentativa de adentrar com entorpecentes em unidade penitenciária. 4. À luz do princípio da confiança no Juiz da causa, não se pode olvidar da relevância do posicionamento do Juízo primevo quanto à manutenção da prisão, eis que, por estar mais próximo dos fatos, das partes envolvidas e dos elementos probatórios, este reúne melhores condições de analisar com maior segurança a presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*. 5. Ordem denegada.

*A impetrante sustenta que a segregação processual do paciente, com predcados pessoais favoráveis, encontra-se despida de fundamentação idônea pois amparada na mera gravidade abstrata do delito. Nesse sentido, destaca que “a quantidade de droga apreendida não foi expressiva a ponto de justificar a manutenção da prisão” (fl. 06).*

*Requer, liminarmente e no mérito, a expedição do alvará de soltura.*

A defesa alega, em síntese, ausência requisitos para decretação da custódia preventiva.

Consta dos autos que o paciente está preso.

Requer, liminar e definitivamente, o deferimento da ordem para obter a revogação da prisão preventiva.

É o relatório.

## VOTO

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição a recurso próprio ou a revisão criminal, situação que impede o conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que se verifica flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal.

Veja-se:

*"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"*

*(AgRg no HC n. 895.777/PR, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/4/2024, DJe de 8/4/2024).*

*"De acordo com a jurisprudência do STJ, não é cabível o uso de **habeas corpus** como sucedâneo de revisão criminal, notadamente quando não há indicação de incidência de alguma das hipóteses previstas no art. 621 do CPP. Precedentes"*

*(AgRg no HC n. 864.465/SC, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/3/2024, DJe de 20/3/2024).*

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no mesmo sentido:

*"Do ponto de vista processual, o caso é de **habeas corpus** substitutivo de agravo regimental (cabível na origem). Nessas condições, tendo em vista a jurisprudência da Primeira Turma desta Corte, entendo que o processo deve ser extinto sem resolução de mérito, por inadequação da via eleita (HC 115.659, Rel. Min. Luiz Fux) (...) A orientação jurisprudencial deste Tribunal é no sentido de que o "**habeas corpus** não se revela instrumento idôneo para impugnar decreto condenatório transitado em julgado" (HC 118.292-AgR, Rel. Min. Luiz Fux). 4. O caso atrai o entendimento desta Corte no sentido de que não cabe **habeas corpus** para reexaminar os pressupostos de admissibilidade de recurso interposto perante outros Tribunais (HC 146.113-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; e HC 110.420, Rel. Min. Luiz Fux). (...)*

*(HC 225896 AgR, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 17/5/2023).*

O entendimento é de elevada importância, devendo ser utilizado para preservar a real utilidade e eficácia da ação constitucional, qual seja, a proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a necessária celeridade no seu julgamento.

No caso, a prisão preventiva foi ordenada nos seguintes termos (e-STJ fls. 68 e 70):

*(...) Colhe-se do APFD (Id. 6802349) que, no dia 01/10/2023, o chefe de equipe da Unidade Prisional na qual Alan Patrick Budkowsky se encontra encarcerado recebeu informações de que o irmão do referido detento tentaria entrar no estabelecimento penitenciário com entorpecentes. Em razão disso, fora realizada revista pessoal e com o aparelho bodyscan, tendo sido constatado que o autuado, ora paciente, Marcelo Henrique Budkowsky, utilizava 04 (quatro) cuecas, onde levava drogas e outros objetos. O flagrado entregou aos agentes **49 (quarenta e nove) buchas de maconha**, 03 (três) buchas de fumo sabiá (pacaia), 04 (quatro) fitas de seda e 04 (quatro) buchas cheias de palitos de fósforo. O autuado informou, ainda, que os entorpecentes eram para o seu irmão, interno, que consumiria parte da droga e venderia o restante aos demais presos. (...) No caso vertente, verifica-se que a custódia cautelar está suficientemente fundamentada na garantia da ordem pública, tendo sido amparada na especial gravidade em concreto da conduta, evidenciada pela tentativa de adentrar com entorpecentes em unidade penitenciária.*

Diante das decisões acima transcritas, verifico ser caso de concessão de ofício da ordem, nos termos dos arts. 647-A e 654, § 2º, do Código de Processo Penal, em razão da existência de flagrante ilegalidade.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ações Diretas de

Constitucionalidade (ADCs) nº 43, 44 e 54, assentou a constitucionalidade do art. 283 do CPP, na redação dada pela Lei nº 12.403/2011, reafirmando a absoluta excepcionalidade da prisão dos sujeitos submetidos à persecução penal. A redação atual do aludido artigo, dada pela Lei nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”), também não deixa dúvidas em relação ao tema: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”.

O dispositivo em questão homenageia comandos constitucionais congêneres, impressos nos incs. LVII e LXI do art. 5º da CF/1988, que garantem ao cidadão seus estados de inocência e de liberdade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, impedindo, ato contínuo, o uso da prisão cautelar como antecipação da pena corporal. Para deixar ainda mais clara essa normativa, o legislador infraconstitucional incluiu o § 2º ao art. 313 do CPP, com a seguinte redação: “[n]ão será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia” (incluído pela Lei nº 13.964/2019).

Em seu voto, o relator das ADCs acima referidas, o ministro Marco Aurélio, destacou: “[a] Constituição de 1988 consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em virtude de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da pena, que não admite a forma provisória. A exceção corre à conta de situações individualizadas nas quais se possa concluir pela aplicação do artigo 312 do Código de Processo Penal e, portanto, pelo cabimento da prisão preventiva”.

O encarceramento em massa de réus, sob o abstrato fundamento da necessidade de garantia da ordem pública, tem banalizado o instituto da prisão cautelar. Não se olvida, jamais, a importância da inviolabilidade da segurança pública, expressamente garantida como direito individual (art. 5º, *caput*) e social (art. 6º, *caput*) e como dever do Estado e responsabilidade de todos (art. 144) em nossa Constituição Federal. Todavia, não se pode levar à prisão, sob o pretense argumento de garantia da ordem social, em típico ato característico de antecipação sancionatória e de forma indiscriminada, todos aqueles que vierem a responder a um processo criminal.

Essa banalização, aliás, também foi detectada pela Suprema Corte no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, que identificou o sistema prisional brasileiro como um problema estrutural da nossa

sociedade, caracterizado por um “estado de coisas inconstitucional”, ensejador da violação massiva de direitos fundamentais dos cidadãos encarcerados. Um dos motivos que levaram a essa conclusão foi, precisamente, a superlotação e a má-qualidade das vagas existentes nas unidades prisionais, ocasionadas, dentre outras razões, pelo ingresso indevido e desproporcional de novos presos, “envolvendo autores primários e delitos de baixa periculosidade, que apenas contribuem para o agravamento da criminalidade” (redator p/ acórdão o ministro Luís Roberto Barroso).

No âmbito da mesma ADPF, o STF determinou que “juízes e tribunais motivem a não aplicação de medidas cautelares alternativas à privação da liberdade quando determinada ou mantida a prisão provisória; (...) [e] (...) levem em conta o quadro do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante a execução penal”. Em suma, reforçou-se a necessidade de aplicação prioritária pelo Poder Judiciário das medidas alternativas à prisão, sempre que possíveis, tendo em conta o quadro dramático do sistema carcerário nacional.

A excepcional privação de liberdade antes da formação definitiva da culpa, portanto, somente encontra respaldo quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e não for cabível a sua substituição por medidas alternativas mais brandas. Cumulativa e obrigatoriamente, deve estar caracterizado o efetivo perigo decorrente do estado de liberdade do imputado, com vistas a assegurar a ordem pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução criminal ou a aplicação da lei penal (arts. 282, § 6º, e 312, *caput*, do CPP).

Assim, não se deve levar à prisão ou nela manter quem não merece de fato estar lá. Trata-se de um ambiente hostil que, se não utilizado de forma excepcional, apenas tem a capacidade de fomentar a criminalidade e engrossar os quadros associativos das facções criminosas que atuam dentro e fora dos presídios.

No que tange à pretensa garantia da ordem pública, destaca-se que a mera ocorrência do ilícito é incapaz de justificar a manutenção da segregação cautelar, “Para a decretação da prisão preventiva, é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime, da presença de indícios suficientes da autoria e do perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. Exige-se, mesmo que a decisão esteja pautada em lastro probatório, que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato (art. 312 do CPP), demonstrada, ainda, a imprescindibilidade da medida. (...) De outro vértice, com relação ao risco de **reiteração**, o entendimento da Suprema Corte é no sentido de que “a periculosidade do agente e a fundada **probabilidade** de **reiteração** criminosa constituem fundamentação idônea para a decretação da custódia preventiva”. (AgRg no HC n. 150.906/BA, Relator Ministro ROBERTO BARROSO,



Primeira Turma, julgado em 13/4/2018, DJe 25/4/2018)” (AgRg no HC n. 905.325/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/5/2024, DJe de 29/5/2024.)

Ou seja, devem estar presentes a elevada periculosidade do agente - que pode ser extraída da reprovabilidade excepcional do *modus operandi* em tese empregado no delito e alta probabilidade de reiteração delitiva.

Ausentes tais requisitos, segue-se a regra representada em nosso ordenamento jurídico pela liberdade (art. 282, § 6º, do CPP).

Em outras palavras, “O §6º do art. 282 do CPP deixa claro que a prisão preventiva é medida excepcional, somente podendo ser aplicada quando não for adequada nenhuma das medidas alternativas: ‘a prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código’. Isto é, somente se decreta a prisão preventiva quando todas as outras medidas menos gravosas se mostrarem inadequadas para afastarem a situação de perigo que justifica a necessidade de se impor alguma medida cautelar. Ou, o que seria o reverso da medalha, as medidas cautelares alternativas à prisão são preferíveis em relação à prisão preventiva” (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**, 11ª edição. rev., atual. e ampl. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 998).

Logo, considerando os elementos individualizados do caso concreto sob julgamento, revela-se desproporcional e injustificada a manutenção da prisão cautelar do paciente.

Pelo exposto, **não conheço** do *habeas corpus* substitutivo e, na análise de ofício, **concedo a ordem** para determinar a revogação da prisão preventiva decretada em desfavor do paciente.

Fixo as seguintes medidas cautelares diversas da prisão, nos termos dos arts. 282 e 319 do CPP:

- comparecimento mensal em juízo para informar e justificar suas atividades, com manutenção atualizada e completa de seu respectivo endereço;
- entrega de passaporte, caso possua;
- proibição de ausentar-se de seu local de domicílio, por prazo superior a 8 (oito) dias, sem comunicar ao juízo onde poderá ser encontrado;
- proibição de manter contato com testemunhas do processo;

Comunique-se o Tribunal de origem e o juízo singular, **com urgência**, inclusive

para a expedição do respectivo alvará de soltura e à assinatura de ato formal em que o paciente se comprometa a bem e fielmente observar todas as medidas cautelares ora fixadas.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
QUINTA TURMA

Número Registro: 2024/0017572-0

HC 886.278 / ES  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00033107020238080014 00524693012310001621315 33107020238080014  
50144765620238080000 524693012310001621315

EM MESA

JULGADO: 22/10/2024

**Relatora**

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOAQUIM JOSÉ DE BARROS DIAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

**AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : MARINA VOTICOSKI LINTZ  
ADVOGADO : MARINA VOTICOSKI LINTZ - ES027387  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PACIENTE : MARCELO HENRIQUE BUDKOWSKY (PRESO)  
OUTRO NOME : MARCELO HENRIQUE BUDKOWSKY (PRESO)  
CORRÉU : ALAN PATRICK BUDKOWSKY  
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

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 da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.