

# Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 538.167 - SP (2019/0302002-2)**

**RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI**  
**IMPETRANTE : MARCOS LEITE RIBEIRO HOLLOWAY**  
**ADVOGADO : MARCOS LEITE RIBEIRO HOLLOWAY - SP309864**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : WITOR EDUARDO MACIMIANO MARQUES MACIEL (PRESO)**  
**INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

## DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de WITOR EDUARDO MACIMIANO MARQUES MACIEL contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do *Writ* n. 0029170-56.2019.8.26.0000.

Depreende-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante em 13/07/2019, pela prática, em tese, do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, tendo a custódia sido convertida em preventiva.

Irresignada, a defesa impetrou prévio *writ* na origem, cuja ordem foi denegada.

Aduz o impetrante a ausência de fundamentação a justificar a segregação cautelar imposta ao paciente, reputando não atendidos os requisitos autorizadores da medida extrema, insculpidos no art. 312 do CPP.

Sustenta ser o paciente possuidor de condições favoráveis e que em caso de eventual condenação o regime prisional será o semiaberto ou aberto, o que demonstra a desproporcionalidade da prisão.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja revogada a prisão preventiva, com a expedição de alvará de soltura.

A liminar foi indeferida.

Informações foram prestadas.

O MPF manifestou-se pela concessão da ordem, com eventual aplicação de medida cautelar prevista no art. 319 do CPP.

É o relatório.

Cumpre pontuar, inicialmente, que esta Corte Superior de Justiça não mais admite a utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso cabível, como ocorre na hipótese, circunstância que impede o seu formal conhecimento.

No entanto, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Compulsando os autos, constata-se que o paciente foi preso em flagrante, pela suposta prática de crimes de tráfico de drogas, tendo a custódia inicial sido convertida em prisão preventiva no dia 14.7.2019.

Ao homologar a prisão do indiciado, o Magistrado singular asseverou, *in verbis*:

# *Superior Tribunal de Justiça*

*"Nestes autos, o acusado está sendo acusado da prática de tráfico de entorpecentes, foi preso em flagrante delito e não se olvida que a gravidade da infração e motivação bastante para a manutenção da sua prisão. Já se pontuou que a garantia da ordem pública "deve ser visualizada, fundamentalmente, pelo binômio gravidade da infração + repercussão social. Deve-se, também, visar a garantia da eficaz aplicação da lei penal, aqui considerada a possibilidade palpável de o Estado impor sanção mercê da prática comprovada de ilícito penal. As novas disposições processuais introduzidas no Código de Processo Penal, agora expressamente, preveem a gravidade da infração como fundamento suficiente para o decreto da prisão preventiva, o que faz quando pondera sobre a conveniência da aplicação de medidas cautelares (artigo 282, II do Código de Processo Penal). Segundo se observa dos autos, há prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, tendo em vista que uma testemunha ouvida no local confirmou a prática do tráfico pelo conduzido, no local, além da narrativa firme e coerente dos Policiais Militares. O delito em tela é de extrema gravidade, considerado pelo legislador como crime hediondo e além da gravidade intrínseca trás consigo toda uma gama de outros crimes contra o patrimônio e mesmo contra à vida, praticado tanto pelos traficantes e pelos usuários, de sorte que, sua manutenção no cárcere é imprescindível para garantia da ordem pública."(e-STJ fls. 77/78)*

Inconformada, a defesa ingressou com *habeas corpus* perante o Tribunal local, que, por sua vez, considerando suficiente e fundamentada a decisão de primeiro grau, denegou a ordem mantendo a prisão preventiva do paciente, sobretudo como forma de acautelar a ordem pública, fragilizada diante da gravidade concreta da infração, salientando:

*"Analisado o caso concreto, chega-se a conclusão de não ser efetivamente recomendado que o ora paciente responda ao processo em liberdade.*

*Existem nos autos indícios suficientes de autoria e materialidade delitivas.*

*Importa consignar ainda que, apesar de o ora paciente não ostentar antecedentes (fls. 54/57), o caso ora em apreço exige uma análise mais criteriosa em razão da quantidade e da variedade de entorpecentes apreendidos*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*(88 gramas de cocaína em pó).*

*A quantidade de entorpecente apreendida, com efeito, conquanto não seja vultosa, não deixa de ser expressiva. O laudo toxicológico concluiu, ademais, que a apreensão se refere a "cocaína", substância altamente viciante e dotada de grande potencial nocivo para a saúde dos usuários.*

*Não se cogita, assim, de decorrer a manutenção da custódia cautelar exclusivamente da gravidade abstrata da conduta, eis que vem ela escorada tanto no exame dos pressupostos legais como à situação inerente ao caso concreto.*

*Ressalte-se que o pedido sequer veio acompanhado de documentação comprobatória de ocupação lícita e de residência fixa, o que consiste em um motivo a mais para não ser concedida a liberdade. Existem, de qualquer modo, fortes indícios de que, uma vez solto, o agente irá persistir em sua conduta, prejudicar a instrução criminal ou frustrar a aplicação da lei penal.*

*Não se pode olvidar, tampouco, que o tráfico de entorpecentes provoca pânico e temeridade social e que a correta apuração do ocorrido exige que todas as testemunhas estejam suficientemente protegidas, de sorte a poderem prestar seus esclarecimentos de modo livre e desimpedido.*

*Tudo isso recomenda sejam observadas medidas assecuratórias da ordem pública, do bom andamento da instrução criminal, bem como da aplicação da lei penal, razão pela qual, acaba sendo forçoso reconhecer não ser recomendável que o paciente responda ao processo em liberdade.*

*Estando efetivamente presentes, no caso concreto, os motivos autorizadores da prisão preventiva, deve prevalecer a necessidade de ser garantida a correta instrução criminal, a efetiva aplicação da lei penal, bem como a tranquilidade e a segurança do corpo social. Observe-se igualmente a esse respeito, já ter restado assentado que a prisão provisória não atenta contra o princípio da presunção de inocência.*

*[...]*

*A aplicação das medidas cautelares enumeradas pelo legislador na atual redação do art. 319 do CPP é, de outra parte, descabida. É certo que a Lei n. 12.403/11 carrou ao ordenamento jurídico mecanismos, diferentes da prisão, destinados a assegurar o Juízo. Todos eles têm*

*como pressuposto, contudo, a soltura do flagrado do cárcere, uma vez figurar a liberdade provisória na base de todas as medidas cautelares previstas em lei, das quais é antecedente lógico. A nova redação dada ao art. 321 do CPP dispõe, com efeito, que, na ausência dos pressupostos da custódia preventiva, o Juiz deverá conceder a liberdade provisória e, se for o caso, impor as medidas cautelares previstas no art. 319 do mesmo Codex.*

*Impende observar, por fim, que, estando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312), serão descabidas quaisquer outras medidas cautelares mais favoráveis ao paciente, em especial se considerada a equação 'necessidade/adequação'[...]."*  
(e-STJ fls. 135/141)

**Delineado o contexto fático processual**, tem-se que assiste razão em parte ao impetrante quando sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal.

Ressalta-se, oportunamente, que as prisões cautelares materializam-se como exceção às regras constitucionais e, como tal, sua incidência em cada caso concreto deve vir fulcrada em elementos que demonstrem a sua efetiva necessidade no contexto fático-probatório apreciado, sendo inadmissível sem a existência de razão sólida e individualizada a motivá-la, especialmente com a edição e entrada em vigor da Lei n. 12.403/11, em que a prisão deve ser empregada como última medida para garantir a ordem pública, a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal.

E, na hipótese, da leitura do decreto preventivo, observa-se que Magistrado primevo cingiu-se a mencionar que a infração praticada pelo paciente seria grave, considerando sua reprovabilidade abstrata, indicando apenas a hipótese do art. 312 do Código de Processo Penal – ordem pública – para determinar a custódia antecipada do acusado.

Ao seu turno, o Tribunal de origem, indevidamente, inovou na fundamentação ao trazer à baila a quantidade da droga apreendida.

Observa-se, diante disso, que houve na instância *a quo* nítida complementação aos fundamentos da decisão primeva, providência vedada na via estreita do *habeas corpus*, mormente quando impetrado exclusivamente pela defesa.

A propósito:

*PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO ASSENTADA NA HEDIONDEZ DO DELITO. ACRÉSCIMO DE FUNDAMENTAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.*

*1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*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. A prisão cautelar, como medida de caráter excepcional, ainda no crime de tráfico de drogas, somente deve ser imposta, ou mantida, quando demonstrada concretamente a sua necessidade, não bastando a mera alusão genérica à gravidade do delito.*

*3. Hipótese em que, embora comprovada a materialidade delitiva e presentes os indícios de autoria, não foi demonstrada, concretamente, a necessidade da custódia preventiva do paciente, uma vez que as instâncias ordinárias motivaram a necessidade da prisão cautelar apenas na gravidade abstrata do delito, equiparado a crime hediondo.*

*4. A Corte de origem, ao buscar suprir a carência de fundamentação do decreto prisional, denegou o writ, ressaltando a quantidade de entorpecentes apreendida e complementando os fundamentos da decisão constritiva originária, providência vedada em ação constitucional de habeas corpus, impetrada em interesse exclusivo da defesa.*

*5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva do paciente, salvo se por outro motivo 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 316.743/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 04/03/2016 - grifou-se)*

Assim, nota-se que, apesar da apreensão de 88 g de cocaína (e-STJ fls. 102/103), nada foi dito a esse respeito pela instância de piso, que não apresentou fundamentação ou elementos concretos que evidenciem o suposto risco que a liberdade do réu poderia oferecer à ordem pública, à instrução criminal e à aplicação de lei penal (art. 312 do Código de Processo Penal).

Ora, em casos análogos, esta Corte Superior tem entendido não ser idônea a manutenção da segregação cautelar calcada em decisão com motivação abstrata, como a que ora se examina, por se tratar de constrangimento ilegal ao qual o cidadão que responde a processo criminal não pode ser submetido, ainda que o delito que lhe seja imputado revista-se de caráter grave, como é o caso dos autos.

A propósito, os seguinte precedentes:

*RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PREVENTIVO. CONFIGURAÇÃO. ACRÉSCIMO DE FUNDAMENTAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO.*

# *Superior Tribunal de Justiça*

**CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. NECESSIDADE. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA. RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.**

1. As prisões cautelares materializam-se como exceção às regras constitucionais e, como tal, sua incidência em cada caso concreto deve vir fulcrada em elementos que demonstrem a sua efetiva necessidade no contexto fático-probatório apreciado, sendo inadmissível sem a existência de razão sólida e individualizada a motivá-la, especialmente com a edição e entrada em vigor da Lei n.

12.403/11, em que a prisão deve ser empregada como última medida para garantir a ordem pública, a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal.

2. Na hipótese, o Tribunal impetrado limitou-se a consignar a gravidade em abstrato da conduta examinada, cingindo-se, a indicar a apreensão de drogas, apetrechos da mercancia e objetos de uso pessoal, o que não constitui fundamentação concreta a evidenciar o suposto risco que a liberdade do réu poderia oferecer à ordem pública, à instrução criminal e à aplicação de lei penal (art. 312 do Código de Processo Penal).

3. Além do mais, constata-se que a alegada existência de outra ação penal em desfavor do custodiado trata-se, na verdade, de processo de pessoa homônima. Ademais, observa-se que houve na instância a quo, quanto ao tema, nítida complementação aos fundamentos da decisão primeva, providência vedada na via estreita do habeas corpus, mormente quando impetrado exclusivamente pela defesa.

4. Recurso ordinário em habeas corpus parcialmente provido, para revogar a prisão preventiva do recorrente, substituindo-a pelas medidas alternativas previstas no art. 319, incisos I, IV e V, do Código de Processo Penal.

(RHC 91.004/RN, desta relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 27/04/2018)

Na mesma toada:

**RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS E COMÉRCIO ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO COM MENÇÃO APENAS À GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. EXTENSÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO AOS CORRÉUS (ART. 580, CPP). POSSIBILIDADE.**

1. A prisão preventiva é medida excepcional, cabível, apenas, mediante decisão devidamente fundamentada, quando evidenciada a existência de circunstâncias que demonstrem a necessidade da providência extrema, nos termos do art. 312 e seguintes do Código de Processo Penal.

2. No caso, o Juízo originário se limitou a tecer considerações

**genéricas e abstratas sobre a gravidade do delito.**

3. Diz a nossa jurisprudência que toda prisão imposta ou mantida antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, por ser medida de índole excepcional, deve vir sempre baseada em fundamentação concreta, isto é, em elementos vinculados à realidade.

Nem a gravidade abstrata do delito nem meras conjecturas servem de motivação em casos que tais. Precedentes.

4. Evidenciada a identidade de situações e verificado que a presente decisão não se vincula a circunstâncias de caráter exclusivamente pessoal, devem ser estendidos seus efeitos aos demais corréus, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

5. Recurso provido para assegurar ao recorrente o direito de aguardar em liberdade o processamento da ação penal contra ele intentada, com extensão dos efeitos aos corréus, salvo prisão por outro motivo, sem prejuízo da decretação, ou não, de medidas cautelares diversas da prisão, pelo magistrado singular, fundamentadamente.

(RHC 74.546/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 14/11/2016)

Sobre o assunto, o Pretório Excelso também já propalou que a “**legalidade da decisão que decreta a prisão cautelar ou que denega liberdade provisória deverá ser aferida em função dos fundamentos que lhe dão suporte, e não em face de eventual reforço** advindo de julgamentos emanados das instâncias judiciais superiores. Precedentes. A motivação há de ser própria, inerente e contemporânea à decisão que decreta (ou que mantém) o ato excepcional de privação cautelar da liberdade, pois **a ausência ou a deficiência de fundamentação não podem ser supridas 'a posteriori'**” (HC 95290, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 01/03/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-150 DIVULG 31-07-2012 PUBLIC 01-08-2012, grifou-se).

No mesmo flanco:

**HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. QUANTIDADE DA DROGA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.**

1. Nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, a preventiva poderá ser decretada quando houver prova da existência do crime (materialidade) e indício suficiente de autoria, mais a demonstração de um elemento variável: (a) garantia da ordem pública; ou (b) garantia da ordem econômica; ou (c) por conveniência da instrução criminal; ou (d) para assegurar a aplicação da lei penal. Para quaisquer dessas hipóteses, é imperiosa a demonstração concreta e objetiva de que tais pressupostos incidem na espécie, assim como deve ser

# Superior Tribunal de Justiça

*insuficiente o cabimento de outras medidas cautelares, nos termos do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, pelo qual a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319 do CPP).*

[...]

**4. Motivação que extrapola o conteúdo do decreto prisional não se presta a suprir a carência de fundamentação nele detectada.**

**5. Habeas corpus concedido.**

(HC 135250, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 13/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-208 DIVULG 28-09-2016 PUBLIC 29-09-2016, grifou-se)

Assim, ausente (deficiente) a explicitação dos pressupostos autorizadores da custódia cautelar, elencados no art. 312 do Código de Processo Penal, e constatado o indigitado constrangimento ilegal, a revogação da constrição instrumental do recorrente é medida que se impõe, conforme exegese filológica dos arts. 315 e 310, *caput*, inciso III, do aludido diploma legal.

Nesse contexto, apresentando-se as medidas cautelares diversas mais favoráveis em relação à decretação da prisão e, diante das peculiaridades do caso concreto – principalmente a quantidade de entorpecente apreendida –, mostra-se necessária, adequada e suficiente a imposição das previstas nos incisos I (comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades), IV (proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução), V (recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos) e IX (monitoração eletrônica), todos do art. 319 do Código de Processo Penal, sem prejuízo de que outras sejam impostas pelo Juízo processante, podendo, ainda, a custódia ser **novamente decretada** em caso de descumprimento das referidas medidas (art. 282, § 4º, e art. 316 do Código de Processo Penal) ou de superveniência de fatos novos.

Diante do exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do *habeas corpus* substitutivo, **concedendo-se, contudo, a ordem de ofício**, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, a fim de revogar a custódia preventiva do paciente e substituí-la pelas medidas alternativas previstas no art. 319, incisos I, IV, V e IX, do mesmo diploma legal.

Publique-se. Intimem-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator