

**HABEAS CORPUS Nº 549.135 - SP (2019/0359112-4)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : LUCIANO MOREIRA DIAS  
**ADVOGADO** : LUCIANO MOREIRA DIAS - SP381222  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : DANIEL PINHEIRO DE JESUS (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de DANIEL PINHEIRO DE JESUS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante (convertida a custódia em prisão preventiva) pela suposta prática dos crimes previstos nos artigos 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006.

Inconformada com o decreto construtivo, a defesa impetrou *habeas corpus* perante a Corte de origem. A ordem, contudo, foi denegada (e-STJ fls. 24/29).

Na presente oportunidade, a defesa sustenta, em síntese, a ilegalidade da segregação cautelar, ante a ausência de fundamentação idônea do decreto de prisão preventiva e dos motivos autorizadores previstos nos art. 312 do Código de Processo Penal, ressaltando que a gravidade abstrata do delito, dissociada de elementos concretos presentes nos autos, não pode servir como fundamento para a decretação da medida constritiva.

Destaca, ainda, que o paciente é pai de criança pequena, sendo imprescindível ao cuidado delas, sobretudo por ser o único integrante da família que trabalha, fazendo juz, portanto, ao direito de responder ao processo em prisão domiciliar, nos termos da legislação. Além disso, é primário e possui residência fixa e ocupação lícita, sendo ínfima a quantidade de drogas apreendida, de modo que não há razões para se indeferir a liberdade ao acusado.

Diante disso, requer, em liminar e no mérito, a revogação da

prisão preventiva, com a expedição do respectivo alvará de soltura, e, subsidiariamente, a aplicação de medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP.

É o relatório. **Decido.**

Preliminarmente, cumpre esclarecer que as disposições previstas nos arts. 64, III, e 202, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça não afastam do relator a faculdade de decidir liminarmente, em sede de *habeas corpus* e de recurso em *habeas corpus*, a pretensão que se conforma com súmula ou a jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores ou a contraria (AgRg no HC n. 513.993/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 25/6/2019, DJe 1º/7/2019; AgRg no HC n. 475.293/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 3/12/2018; AgRg no HC n. 499.838/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma julgado em 11/4/2019, DJe 22/4/2019; AgRg no HC n. 426.703/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 18/10/2018, DJe 23/10/2018 e AgRg no RHC n. 37.622/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 6/6/2013, DJe 14/6/2013).

Nesse diapasão, *uma vez verificado que as matérias trazidas a debate por meio do habeas corpus constituem objeto de jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal, não há nenhum óbice a que o Relator conceda a ordem liminarmente, sobretudo ante a evidência de manifesto e grave constrangimento ilegal a que estava sendo submetido o paciente, pois a concessão liminar da ordem de habeas corpus apenas consagra a exigência de racionalização do processo decisório e de efetivação do próprio princípio constitucional da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, o qual foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela EC n.45/2004 com status de princípio fundamental* (AgRg no HC n. 268.099/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 2/5/2013, DJe 13/5/2013).

Na verdade, a ciência posterior do *Parquet* que, *longe de*

*suplantar sua prerrogativa institucional, homenageia o princípio da celeridade processual e inviabiliza a tramitação de ações cujo desfecho, em princípio, já é conhecido* (EDcl no AgRg no HC n. 324.401/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 2/2/2016, DJe 23/2/2016).

Em suma, *para conferir maior celeridade aos habeas corpus e garantir a efetividade das decisões judiciais que versam sobre o direito de locomoção, bem como por se tratar de medida necessária para assegurar a viabilidade dos trabalhos das Turmas que compõem a Terceira Seção, a jurisprudência desta Corte admite o julgamento monocrático do writ antes da ouvida do Parquet em casos de jurisprudência pacífica* (AgRg no HC 514.048/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 6/8/2019, DJe 13/8/2019).

Ainda, 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 n. 313.318/RS, Quinta Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, julgamento em 7/5/2015, DJe de 21/5/2015; HC n. 321.436/SP, Sexta Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 19/5/2015, DJe 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.

Busca-se, em síntese, neste *writ*, a revogação da prisão cautelar do paciente, acusado da prática dos crimes previstos nos artigos 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006.

# *Superior Tribunal de Justiça*

A prisão preventiva é uma medida excepcional, de natureza cautelar, que autoriza o Estado, observadas as balizas legais e demonstrada a absoluta necessidade, a restringir a liberdade do cidadão antes de eventual condenação com trânsito em julgado (art. 5º, LXI, LXV, LXVI e art. 93, IX, da CF).

Para a privação desse direito fundamental da pessoa humana, é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime e da 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 lastro probatório que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato e revele a imprescindibilidade da medida, vedadas considerações genéricas e vazias sobre a gravidade do crime.

Destaco os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte que traduzem bem essa compreensão: STF, HC n. 128.615 AgRg, Relator Ministro CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 18/8/2015, publicado em 30/9/2015; STF, HC n. 126.815, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão Ministro EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 4/8/2015, publicado em 28/8/2015; STJ, HC n. 321.201/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 6/8/2015, DJe 25/8/2015; e STJ, HC n. 296.543/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 2/10/2014, DJe 13/10/2014.

Eis os motivos da prisão preventiva (e-STJ fls. 31/32):

(...)

*Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a manutenção do acusado no cárcere é medida que se impõe a fim de se garantir a ordem pública, máxime perante a sociedade local e diante da situação atual do País, em que tanto se discute a questão da impunidade, sendo prematura a liberação sem a dissipação dos efeitos da conduta perpetrada. Vale citar: “... o conceito de ordem pública não se limita só a*

*prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão... “ ( Processo Penal – ed. Atlas – Julio Fabrini Mirabete ). Cabe enfatizar que os investigados foram flagrados praticando, supostamente, crime equiparado a hediondo, para o qual a própria Constituição Federal reserva tratamento diferenciado (art. 5º, XLIII, da CF), razão pela qual, para conferir proteção suficiente ao bem jurídico tutelado constitucionalmente, obedecendo ao mandamento constitucional de criminalização e conferindo tratamento proporcional (na perspectiva dos imperativos de tutela) ao grave crime que os flagrados teoricamente praticaram, nota-se que a manutenção de sua segregação cautelar é necessária para garantir a ordem pública. É que a soltura de pessoa flagrada, em tese, praticando crime que a própria Constituição Federal impõe tratamento mais gravoso poderia transmitir a percepção à coletividade de que há impunidade, de modo que a própria credibilidade da Justiça seria comprometida, gerando um déficit de legitimidade do Poder Judiciário e incentivando soluções populares, como linchamento e outr os. Além disso, nota-se da certidão de objeto e pé de fls. 42 que o flagrado WANCLEY, desde a adolescência, se dedicava a atividades ilícitas, contando com inúmeras passagens pela prática de atos infracionais. Como se vê, há a indisfarçável possibilidade de que, solto, pratique novos delitos, de forma que a manutenção de sua segregação cautelar é absolutamente necessária para garantir a ordem pública.*

O Tribunal Estadual, ao julgar o mérito do writ originário, entendeu não haver ilegalidade na prisão, razão pela qual denegou a ordem (e-STJ fls. 65/69):

*(...) Isto porque, não se vislumbra nenhuma eiva na decisão que converteu a prisão em flagrante do paciente em preventiva, posto que restou sobejamente fundamentada (fls. 36/39), não havendo se falar em ausência dos pressupostos autorizadores da adoção da medida, havendo o Juízo monocrático demonstrado a necessidade da manutenção da custódia cautelar, mormente para garantia da ordem pública, cumprindo assim o disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, e artigos 312 e 315, do Código de Processo Penal.*

*Conquanto a gravidade do delito de per si não justifique a manutenção da prisão preventiva, a constrição revela-se necessária à garantia da ordem pública, que não se limita a*

*prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça, sendo preciso o resguardo dos interesses sociais de segurança.*

*Com efeito, o delito imputado ao paciente, cuja espécie e gravidade vêm atemorizando a sociedade a qual se vê refém da criminalidade fomentada pelo nefasto comércio de drogas, que afronta a ordem pública e ocasiona problemas de toda ordem, como os de saúde pública e a proliferação de diversos crimes reflexos deve merecer rigor na análise de qualquer medida que antecipadamente reintroduza o paciente ao convívio social.*

*Acrescente-se que condições pessoais favoráveis, não garantem o direito à liberdade provisória, quando presentes os requisitos da prisão preventiva. (...)*

Analisando com atenção as decisões anteriores, entendo que a medida extrema, em relação ao paciente, não está devidamente justificada.

É possível perceber que o decreto foi fundamentado genericamente, não demonstrando o risco concreto que o paciente oferece para a ordem pública. Observa-se, inclusive, que nem mesmo a quantidade de substância entorpecente apreendida – 25,4g de *crack* – é expressiva o bastante para, por si só, justificar a necessidade da medida extrema, notadamente porque o paciente, ao que tudo indica, é **primário**, conforme atestado de antecedentes (e-STJ fl. 34).

Nesse contexto ainda, vale notar que, diferentemente do que se considerou em relação corréu, o qual possui "inúmeras passagens pela prática de atos infracionais" (e-STJ fl. 32), o Magistrado não menciona qualquer circunstância pessoal desfavorável do paciente, que pudesse eventualmente robustecer a demonstração da necessidade da prisão cautelar em relação a este acusado.

A propósito, "[s]e a quantidade de droga apreendida é reduzida e estão ausentes outros elementos que autorizem conclusão acerca do envolvimento profundo ou relevante do agente com o tráfico de drogas, não se justifica a prisão preventiva para resguardar a ordem pública" (HC 112766, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 6/11/2012, publicado em 7/12/2012).

Desse modo, o cometimento do delito, só por si, não evidencia "periculosidade" exacerbada do agente ou "abalo da ordem pública", a demandar a sua segregação antes de qualquer condenação definitiva.

Nessa linha de entendimento:

*HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO. NEGATIVA DO APELO EM LIBERDADE. MESMOS FUNDAMENTOS DO DECRETO PREVENTIVO. AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE. ALEGADA INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO. CONFIGURAÇÃO. QUANTIDADE NÃO EXORBITANTE DAS DROGAS APREENDIDAS. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. PROVIDÊNCIAS CAUTELARES ALTERNATIVAS DO ART. 319 DO ESTATUTO PROCESSUAL PENAL. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL EM PARTE DEMONSTRADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*1. O Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi aqui adotado, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício.*

*2. O advento de sentença condenatória não enseja a prejudicialidade do reclamo no ponto relacionado à fundamentação da prisão preventiva quando os argumentos que levaram à manutenção da segregação foram os mesmos apontados por ocasião da decisão primeva.*

*3. No caso, mostra-se devida e suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas, uma vez que o acusado foi flagrantado na posse de quantidade não exorbitante de material tóxico, a demonstrar que não se trata de tráfico de grande proporção, ou seja, a potencialidade lesiva da conduta em si considerada não pode ser tida como das mais elevadas.*

*4. A pena-base fixada na sentença condenatória foi a mínima possível e a fração do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 foi a máxima prevista, a indicar que não há circunstância judicial desabonadora e que o agente não se dedica com habitualidade à atividade ilícita, afastando a*

*reprovabilidade acentuada na conduta e sua potencialidade lesiva.*

**5. "Hipótese em que o julgador não apresentou fundamento idôneo para negar ao paciente o benefício do recurso em liberdade, pois limitou-se em fazer considerações genéricas e relativas à gravidade abstrata do delito de tráfico, razão pela qual impõe-se a concessão da ordem de ofício, sobretudo quando foi estabelecida a pena-base no mínimo legal e aplicado o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima." (HC 441.753/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 30/05/2018)**

**6. Ademais, o agente é primário e ostenta bons antecedentes, predados que corroboram a conclusão pela desproporcionalidade da prisão ante tempus.**

**7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para substituir a cautelar da prisão pelas medidas alternativas previstas no art. 319, in cisos I, V e IX, do Código de Processo Penal. (HC 484.986/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 20/02/2019). Notas: Quantidade de droga apreendida: 203,92 g de maconha, 19,26 g de cocaína e 1,99 g de crack.**

**HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. REDUZIDA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. RÉU PRIMÁRIO. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL EM PARTE DEMONSTRADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

**1. O STF passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi aqui adotado, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício.**

**2. A aplicação de medidas cautelares, aqui incluída a prisão preventiva, requer análise, pelo julgador, de sua necessidade e adequação, a teor do art. 282 do CPP, observando-se, ainda, se a constrição é proporcional ao gravame resultante de eventual condenação.**



**3. A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar e quando realmente se mostre necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente. Exegese do art. 282, § 6º, do CPP.**

**4. No caso, mostra-se devida e suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas, dada a apreensão de reduzida quantidade de estupefaciente e a primariedade do agente.**

**5. Habeas corpus não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, para substituir a cautelar da prisão pelas medidas alternativas previstas no art. 319, I, IV e V, do Código de Processo Penal. (HC 428.429/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2018, DJe 15/10/2018). Notas: Quantidade de droga apreendida: 68 g de maconha, 17 g de cocaína e 7g de crack.**

**HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA DE DROGA (72,7G DE ENTORPECENTES). CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PARECER MINISTERIAL PELA CONCESSÃO DA ORDEM. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. MEDIDAS ALTERNATIVAS PERTINENTES.**

**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. 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. 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, bem como a imprescindibilidade da segregação cautelar.*

*3. Na hipótese, o decreto de prisão preventiva não apontou qualquer dado concreto, à luz do art. 312 do Código de Processo Penal, a respaldar a restrição da liberdade do paciente, limitando-se a fazer referência à presença dos requisitos previstos no Código de Ritos, sem ressaltar, contudo, qualquer aspecto relevante da suposta conduta perpetrada pelo paciente que demonstre o efetivo risco à ordem pública, à instrução criminal e à futura aplicação da lei penal. **4. Paciente menor de 21 anos, primário, de bons antecedentes, com endereço fixo no distrito da culpa. Fez-se simples referência à gravidade genérica do delito de tráfico e, em razão de o paciente estar desempregado, ao provável estímulo à reiteração criminosa, fundamentos que se mostram insuficientes (HC 355.470/BA, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 27/06/2016).***

*5. Com efeito, ainda que não sejam garantidoras do direito à soltura, certo é que as condições pessoais favoráveis, como residência fixa e bons antecedentes, merecem ser valoradas, ratificando a possibilidade de o paciente aguardar o trânsito em julgado em liberdade. Precedentes.*

*6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar o relaxamento da prisão cautelar do ora paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, sob a imposição das medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319, I e IV, do CPP. (HC 432.466/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe 12/04/2018). **Notas: Quantidade de droga apreendida: 3,6 g de cocaína, 05 g de crack e 69,2 de maconha.***

Por último, vale lembrar que "A prisão preventiva somente se justifica na hipótese de impossibilidade que, por instrumento menos gravoso, seja alcançado idêntico resultado acautelatório". (HC n. 126.815, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão Ministro EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 4/8/2015, publicado em 28/8/2015).

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **não**

# *Superior Tribunal de Justiça*

**conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem** de ofício para assegurar ao paciente a liberdade provisória, mediante a aplicação das medidas cautelares mais brandas a serem fixadas pelo Juízo processante.

Comunique-se, com urgência ao Tribunal estadual e ao Juízo de primeiro grau, encaminhando-lhes cópia da presente decisão.

Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator