



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 410.856 - SP (2017/0192404-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : JOSE LUIS STEPHANI
ADVOGADO : JOSÉ LUÍS STEPHANI - SP100704
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ISAAC FERREIRA DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. 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, decorrente do *quantum* da pena em abstrato, 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 o acusado foi flagrado na posse de 115,65g de maconha. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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), 08 de fevereiro de 2018(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 410.856 - SP (2017/0192404-8)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : JOSE LUIS STEPHANI
ADVOGADO : JOSÉ LUÍS STEPHANI - SP100704
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ISAAC FERREIRA DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, impetrado em benefício de ISAAC FERREIRA DOS SANTOS contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a ordem no julgamento do HC n. 2135010-89.2017.8.26.0000.

O paciente, preso em flagrante em 9 de julho de 2017, e convertida a custódia em preventiva (e-STJ fls. 31/32), foi denunciado pela suposta infringência ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 porque teria em depósito 60 (sessenta) porções de maconha, com peso total de 109,10g (cento e nove gramas e dez decigramas) (denúncia às e-STJ fls. 162/165).

Irresignada com a prisão cautelar, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, cuja ordem, como antes relatado, foi denegada (e-STJ fls. 27/30), recebendo o acórdão a seguinte ementa (e-STJ fl. 28):

Habeas Corpus. Tráfico de entorpecentes. Conversão da prisão em flagrante em preventiva fundamentada.

Necessidade da custódia para a garantia da ordem pública. Vedação expressa do art. 44 de Lei de Drogas quanto à concessão de liberdade provisória aos acusados por tráfico de drogas que continua válida e eficaz, apesar de entendimento jurisprudencial em contrário, sem caráter vinculante. Constrangimento ilegal inexistente. Ordem denegada.

Nas razões do presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/26), o impetrante suscita a nulidade da decisão que decretou a prisão preventiva do paciente, bem como do acórdão que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a manteve, por fundamentação inidônea (gravidade abstrata do delito, sem indicação dos motivos concretos que justificassem a medida extrema). Aduz que a quantidade de drogas apreendida é ínfima.

Afirma haver constrangimento ilegal na manutenção da custódia cautelar, tendo em vista a ausência dos pressupostos legais autorizadores previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, inclusive porque o paciente é primário, portador de bons antecedentes, com residência e trabalho fixos.

Pugna pela revogação da prisão preventiva do paciente, com a expedição do alvará de soltura, ou, subsidiariamente, pela imposição de medidas cautelares, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal.

A liminar foi indeferida às e-STJ fls. 171/173.

Informações às e-STJ fls. 178/210.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da ordem (e-STJ fls. 212/216).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 410.856 - SP (2017/0192404-8)

VOTO

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

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 313.318/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgamento em 7/5/2015, DJ de 21/5/2015; HC 321.436/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/5/2015, DJ 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.

Do que se extrai dos autos, o Ministério Público do Estado de São Paulo ofereceu denúncia contra o paciente imputando-lhe a prática do delito do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

O Magistrado, ao homologar o flagrante, converteu a prisão em preventiva pelos seguintes fundamentos (e-STJ fl. 31/32):

Vistos.

Auto de flagrante delito formalmente em ordem. Se o caso, nos termos do art. 395 das NSCGJ, comunique-se a ocorrência ao(s) Juízo(s) competente(s), indicando-se o(s) número(s) do(s) feito(s) que lá esteja(m) tramitando.

Como se infere da prova até aqui coligida, o investigado guardava em sua residência 60 porções de maconha pesando 115,65 gramas, indicando a natureza e quantidade, bem como a forma de embalagem e as circunstâncias da prisão (precedida de denúncia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

lhe atribuindo a traficância e que a final se confirmou integralmente), que os entorpecentes se destinavam ao consumo de terceiros.

Não se pode olvidar, ademais, que se trata de crime equiparado a hediondo e que fomenta a prática de inúmeros outros delitos das mais variadas espécies, notadamente contra o patrimônio, trazendo intensa intranquilidade social, além de aliciar e corromper inúmeros jovens e esfacelar o núcleo familiar, a recomendar, pois, que o investigado permaneça custodiado cautelarmente para a garantia da ordem pública.

Com efeito, diante da gravidade da infração e de sua nocividade à saúde pública e à coletividade não há como se admitir a aplicação de outras medidas acautelatórias, constituindo a prisão preventiva do investigado, em tal contexto, medida imprescindível para se resguardar a ordem social e a única compatível com os efeitos deletérios da conduta perpetrada. (...)

O Tribunal a quo, ao indeferir a ordem originária, teceu as seguintes considerações (e-STJ fls. 27/30):

Segundo consta, o paciente foi preso em flagrante portanto 60 porções de maconha com peso total de 115,65g, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

A decisão está fundamentada de forma suficiente a atender o princípio previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal. Consignou sua ilustre prolatora a necessidade da custódia para a garantia da ordem pública, o bom andamento da instrução processual e a aplicação da lei penal, tudo em cotejo com as circunstâncias fáticas. Destaque-se, aliás, que o ilustre prolator deteve-se, atentamente, aos indícios de que o tóxico destinava ao consumo de terceiros.

Não se trata aqui de analisar questões de mérito, já que o exame aprofundado de provas não é passível de ser realizado no âmbito estrito do writ.

As alterações trazidas ao tema da prisão provisória pela Lei nº 12.403/2011 não beneficiam o paciente, que é acusado por delito praticado equiparado a hediondo, cuja pena máxima abstratamente cominada é superior a quatro anos, isoladamente. O cabimento e a necessidade da custódia como única medida suficiente para a garantia da ordem pública estão satisfeitos.

É notório que o crime de tráfico de drogas indica a periculosidade daqueles que o pratica, justificando a custódia cautelar para a garantia da ordem pública.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Anote-se que a liberdade provisória está expressamente vedada no artigo 44 da Lei nº 11.343, de 2006, apesar das divergências jurisprudenciais sobre o tema; o reconhecimento da inconstitucionalidade do referido dispositivo de lei pelo Supremo Tribunal Federal, em controle incidental, não tem força vinculante.

E ainda que se adotasse tal posicionamento jurisprudencial, convém salientar que a concessão de liberdade provisória exige do julgador maior cautela.

Eventuais condições pessoais favoráveis do paciente, a exemplo da primariedade, são requisitos da liberdade provisória, mas não suficientes para a concessão do postulado benefício.

(...)

Não há constrangimento ilegal a ser sanado.

Pelo exposto, meu voto denega a ordem.

Nota-se que as decisões todas fazem referências apenas a ponderações sobre a gravidade abstrata do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, bem como relativas ao mal social decorrente de sua prática. Além disso, há menções à vedação da concessão de liberdade provisória aos acusados do mencionado delito, contida no art. 44 da Lei n. 11.343/06.

Ressalte-se que a jurisprudência pátria posiciona-se no sentido da impossibilidade de se recolher alguém ao cárcere se inexistentes os pressupostos autorizadores da medida extrema, previstos na legislação processual penal.

No ordenamento jurídico vigente, a liberdade é a regra. A prisão antes do trânsito em julgado, cabível excepcionalmente e apenas quando concretamente comprovada a existência do *periculum libertatis*, deve vir sempre baseada em fundamentação concreta, não em meras conjecturas.

Registre-se, ainda, que a prisão preventiva se trata propriamente de uma prisão provisória; dela se exige venha sempre fundamentada, uma vez que ninguém será preso senão por ordem escrita e **fundamentada** de autoridade judiciária competente (Constituição da República, art. 5º, inciso LXI). Mormente porque a fundamentação das decisões do Poder Judiciário é condição absoluta de sua validade (CRFB, art. 93, inciso IX).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na hipótese dos autos, contudo, depreende-se que as decisões não indicaram elementos concretos a justificar a segregação do paciente.

Inicialmente, note-se que a gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas não serve de fundamento para a imposição de custódia cautelar, porquanto o pleno do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da expressão "e liberdade provisória", constante do art. 44 da Lei nº 11.343/2006, determinando a apreciação dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, para que, se for o caso, seja decretada a segregação cautelar.

Nesse contexto, não se mostra suficiente para a segregação cautelar *in casu* as ponderações do Magistrado singular a respeito da gravidade abstrata do crime, bem como quanto aos seus efeitos nefastos para a sociedade, porquanto não foi apontado qualquer elemento relativo ao caso em exame que embase a necessidade de excepcional medida constritiva, o que se afigura inadmissível.

Com efeito, "Nem a gravidade abstrata do delito, nem a natureza hedionda do tráfico de drogas, tampouco a simples referência à perniciosidade social do crime e a meras conjecturas, sem nenhuma menção a fatores reais de cautelaridade, servem de motivação idônea para a manutenção da prisão preventiva do réu" (HC n. 288.589/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 25/04/2014).

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 quando o agente demonstre uma intenção efetiva de não se submeter à aplicação da lei penal.

Assim, afirmações abstratas sobre a gravidade genérica do delito não são



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

bastantes para justificar a custódia preventiva, caso não haja o apontamento de algum elemento concreto que a fundamente, mormente diante da existência de condições pessoais favoráveis ao paciente, como a primariedade.

Por outro lado, convém considerar que a quantidade de entorpecentes apreendidos - 115,65g de maconha - não se mostra expressiva o suficiente a ponto de, por si só, justificar a segregação.

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo 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. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a segregação cautelar é medida excepcional, mesmo no crime de tráfico de entorpecentes. Assim, o decreto de prisão processual não dispensa a especificação concreta de que a custódia atende a pelo menos um dos requisitos do art. 312 do CPP, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação.

3. Caso em que as instâncias ordinárias motivaram a necessidade da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal, destacando a hipotética possibilidade de descumprimento de outras medidas cautelares, e para acautelar a ordem pública, com base na gravidade abstrata do crime, bem como na preocupação com a credibilidade da Justiça.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão do paciente, se por outro motivo não 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-311.285/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, Quinta Turma, j. em 20/8/2015, DJ de 8/9/2015)

[...] 3. As instâncias ordinárias entenderam devida a prisão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preventiva do paciente, com base tão somente em elementos inerentes ao próprio tipo penal em tese violado (como a inafiançabilidade e a hediondez do crime de tráfico, bem como o fato de o tráfico fomentar a prática de outros delitos), sem, no entanto, terem apontado nenhum elemento concreto que, efetivamente, evidenciasse que o paciente, solto, pudesse colocar em risco a ordem pública ou a ordem econômica, ou mesmo se furtar à aplicação da lei penal.

4. A prevalecer a argumentação dessas decisões, todos os crimes de tráfico ensejariam a prisão cautelar de seus respectivos autores, o que não se coaduna com a excepcionalidade da prisão preventiva, princípio que há de ser observado para a convivência harmônica da cautela pessoal extrema com a presunção de não culpabilidade.

5. Habeas corpus concedido, para tornar definitivos os efeitos da liminar anteriormente deferida e, consequentemente, cassar a prisão preventiva do paciente, [...] (HC-316.708 / SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 30/6/2015, DJe 3/8/2015)

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Entretanto, **concedo a ordem** de ofício, para determinar a soltura do paciente, se por outro motivo não estiver preso, sob a imposição das medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319, incisos I e IV, do Código de Processo Penal, sem prejuízo de que seja decretada nova custódia, com base em fundamentação concreta, caso demonstrada sua necessidade, bem como de que sejam eventualmente fixadas outras medidas cautelares constantes do referido art. 319 pelo Juízo local.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0192404-8

HC 410.856 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001672020178260552 1672020178260552 20170000564656 21350108920178260000

EM MESA

JULGADO: 08/02/2018

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOSE LUIS STEPHANI
ADVOGADO : JOSÉ LUÍS STEPHANI - SP100704
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ISAAC FERREIRA DOS SANTOS (PRESO)
CORRÉU : TARCIZIO BEZERRA MARTINS FILHO

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.