



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 441.101 - SP (2018/0060459-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
EDUARDO CIACCIA RODRIGUES CALDAS - SP349334
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIS CARLOS DE FARIAS (PRESO)
OUTRO NOME : LUIZ CARLOS DE FARIAS (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, aplicável em qualquer hipótese de prisão pelo crime de tráfico, deixando, portanto, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

medida constritiva, máxime diante das peculiaridades do caso concreto, em que foi apreendida na residência onde o paciente e demais corréus habitavam, quantidade relativamente pequena de drogas - um papelote de 0,4g de cocaína, uma trouxinha de 1,7g de maconha e 3,9g de *crack*.

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 e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi.

Brasília (DF), 24 de maio de 2018(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 441.101 - SP (2018/0060459-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
EDUARDO CIACCIA RODRIGUES CALDAS - SP349334
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIS CARLOS DE FARIAS (PRESO)
OUTRO NOME : LUIZ CARLOS DE FARIAS (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LUÍS CARLOS DE FARIAS, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2206578-68.2017.8.26.0000).

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante - custódia convertida em preventiva - pela suposta prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de origem. O acórdão recebeu a seguinte ementa (e-STJ fl. 35):

Habeas corpus Tráfico de entorpecentes - Revogação da prisão preventiva por ausência de fundamentação Impossibilidade Presentes os requisitos do art. 312, do CPP Prisão preventiva mantida Inexistência de constrangimento ilegal Ordem denegada.

Na presente impetração (e-STJ fls. 1/21), a defesa alega, em síntese, a ausência dos requisitos que autorizam a imposição da medida cautelar, ao afirmar que a decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva, confirmada pelo Tribunal estadual, careceria de demonstração, com base em elementos concretos, da necessidade da segregação cautelar.

Ressalta que o paciente tem endereço certo e *não apresenta qualquer irregularidade anteriormente* (e-STJ fl. 13).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Declara que, em caso de condenação, o réu será beneficiado de acordo com o artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, portanto provavelmente iniciará o cumprimento de pena em regime diverso do fechado, razão pela qual a prisão preventiva seria desproporcional.

Pugna pela revogação da prisão preventiva mediante imposição das medidas cautelares alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

A liminar foi indeferida às e-STJ fls. 50/52.

Informações às e-STJ fls. 58/59.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem de ofício (e-STJ fls. 61/64).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 441.101 - SP (2018/0060459-6)

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.

Busca-se, na hipótese, a revogação da prisão preventiva do paciente, acusado da suposta prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

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, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

No caso, não foi juntada aos autos a decisão que converteu a prisão em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

flagrante em preventiva, tampouco ela veio aos autos no momento da prestação de informações pela autoridade apontada como coatora, o que inviabiliza o completo exame da matéria. Em regra, tal deficiência de instrução levaria ao não conhecimento do writ.

Entretanto, tendo em vista que na hipótese se vislumbra a possibilidade de existência de constrangimento ilegal - inclusive com parecer ministerial favorável -, e diante do fato de que a Defensoria Pública transcreveu - ao menos parcialmente - a referida decisão, deve-se dar crédito à presunção de legitimidade que reveste a instituição e, em homenagem ao princípio da economia processual, examinar a demanda evitando a necessidade de nova impetração.

Eis os termos da decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva, conforme transcrito pela inicial (e-STJ fl. 2):

(...) LUIZ CARLOS DE FARIAS demonstra, sem sombra de dúvidas, sua periculosidade, fazendo-se necessária a prisão preventiva como medida de garantia à ordem pública, aplicação da lei penal e por ser conveniente à instrução processual. De se observar que crimes de tráfico de entorpecentes causam grave desassossego público, merecendo severa resposta das autoridades responsáveis pelo combate e prevenção da criminalidade. De outro lado, consta dos autos indícios suficientes de autoria e prova da materialidade delitiva, sendo o tráfico de entorpecentes apenado com pena privativa de liberdade máxima muito superior a 04 anos, e praticado dolosamente pelo indiciado, tudo a oferecer suporte a medida extrema.

O Tribunal a quo, por sua vez, assim se manifestou sobre a matéria (e-STJ fls. 34/39):

A presente ordem é de ser denegada.

Conforme informações prestadas nos autos pelo MM. Juízo apontado como coator, o paciente foi preso em flagrante em 10/10/2017 pelo cometimento, em tese, do crime previsto no art. 33, , da Lei nº 11.343/06. Na mesma data foi realizada audiência de custódia, em que a prisão foi convertida em preventiva.

No momento, os autos encontram-se em regular tramitação, ou seja, aguardam a vinda do laudo pericial, bem como do inquérito policial, para que sejam remetidos ao Ministério Público.

Em que pese às alegações lançadas pelo combativo impetrante, não se vislumbra a ocorrência do propalado constrangimento ilegal que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possa estar sofrendo o paciente.

Isto porque a decretação de sua prisão tem por fundamento o juízo de admissibilidade da prática delitiva e por estarem presentes os requisitos do art. 312, do Código de Processo Penal, de sorte que não há se falar que mencionada prisão constitua constrangimento ilegal.

Cabe referir que ao paciente é imputada a prática de delito grave, considerado hediondo, que traz consequências sociais irreparáveis, sendo fonte geradora de crimes violentos, daí porque, sua custódia cautelar não ofende nem mesmo o princípio da presunção de inocência, uma vez que a própria Constituição Federal a admite, ao permitir a possibilidade de prisão em flagrante ou por ordem devidamente fundamentada.

Ressalto não se vislumbrar qualquer alteração da situação fática a demandar a revogação da medida, prevalecendo os requisitos autorizadores da decretação.

Não há se cogitar em aplicação de medida cautelar diversa da prisão. Isto porque, a nova Lei nº 12.403/11, ainda que de forma excepcional, prevê a possibilidade da decretação da prisão preventiva para os crimes dolosos com o máximo de pena privativa de liberdade superior a 4 anos, o que engloba o crime em questão.

Portanto, considerando-se que a situação processual do paciente admite o decreto preventivo, não era mesmo razoável a adoção de medida cautelar diferente da prisão. Aliás, medida diversa da prisão seria claramente insuficiente e geraria sentimento de odiosa impunidade, ainda mais em se tratando de crime tão nefasto.

É de se ressaltar que ao tratar do comércio ilícito de entorpecentes, o legislador introduziu diversas alterações através da lei n.º 11.343/06: descriminalizou o uso; exacerbou penas em alguns casos; permitiu a redução delas em outros; alterou o rito procedimental. E, também, vedou, às expressas, em seu art. 44, a concessão de liberdade provisória no caso das figuras de tráfico previstas nos arts. 33 e § 1.º, 34 c 37. Não se nega que, em relação a este último item, o E. Supremo Tribunal Federal modificou entendimento anterior, firmando a posição que a vedação da liberdade provisória no caso de tráfico de entorpecentes é inconstitucional. Entretanto, ao contrário do que apressadamente concluíram alguns intérpretes, ávidos do afrouxamento das leis penais, este liberal entendimento não torna obrigatório o benefício, nem vincula o Juiz que, verificando presentes os requisitos da prisão preventiva, poderá, dentro de sua discricionariedade, decretá-la (ou mantê-la), por óbvio de forma fundamentada

Assim, por não se vislumbrar o alegado constrangimento ilegal que possa estar a sofrer o paciente, a solução que melhor se afigura é a denegação da ordem.

Diante do exposto. DENEGA-SE A ORDEM.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nota-se que as decisões 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. Chama atenção, ainda, que nem mesmo é mencionado o caso concreto, de modo que as decisões se aplicariam a qualquer hipótese de prisão pelo crime de tráfico. Em consulta ao auto de exibição e apreensão, porém, nota-se que foi apreendida na residência onde o paciente e demais corréus habitavam, quantidade relativamente pequena de drogas - um papelote de 0,4g de cocaína, uma trouxinha de 1,7g de maconha e 3,9g de *crack*.

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).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 genéricas e abstratas sobre a gravidade genérica do delito não são 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. Nesse sentido:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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, conseqüentemente, cassar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prisão preventiva do paciente, [...] (HC-316.708 / SP, Rel. Min. Rogério 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: 2018/0060459-6

HC 441.101 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00070791520178260073 22065786820178260000 70791520178260073

EM MESA

JULGADO: 24/05/2018

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO EDUARDO CIACCIA RODRIGUES CALDAS - SP349334
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	LUIS CARLOS DE FARIAS (PRESO)
OUTRO NOME	:	LUIZ CARLOS DE FARIAS (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Prisão Preventiva

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 e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi.