



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 336.358 - SP (2015/0234956-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VERONICA DOS SANTOS SIONTI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANA LUCIA DA SILVA NOVAES (PRESA)

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA (RÉ CONDENADA À PENA DE 1 ANO, 11 MESES E 10 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO). NEGATIVA DE APELO EM LIBERDADE. FUNDAMENTOS DO DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA MANTIDOS. AUSÊNCIA DE NOVO TÍTULO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. POSSIBILIDADE ABSTRATA DE REITERAÇÃO DELITIVA. ARGUMENTOS GENÉRICOS. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. PRIMARIEDADE, COM BONS ANTECEDENTES E RESIDÊNCIA FIXA. REVOGAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. MEDIDAS CAUTELARES. NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. Conforme precedente desta Quinta Turma, *A superveniência de sentença de pronúncia ou condenatória não constituirá 'título novo', de modo a prejudicar o conhecimento do habeas corpus, se a ela nenhum fundamento novo for acrescentado* (HC 288.716/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO – Desembargador Convocado do TJ/SC –, Quinta Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 1º/12/2014).

3. No caso, os fundamentos utilizados na sentença condenatória, quanto à necessidade da prisão, em nada inovaram quanto ao decreto construtivo originário, apenas negando o direito do recurso em liberdade ante a permanência dos fundamentos que autorizam a decretação da custódia cautelar. Não é o caso, portanto, de se julgar prejudicado o *mandamus*.

4. O exame de ofício do constrangimento ilegal indica que o decreto prisional carece de fundamentação idônea. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida 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.

5. Caso em que o decreto que impôs a prisão preventiva à paciente não apresentou motivação concreta, apta a justificar sua segregação, tendo se limitado a abordar, de modo abstrato, o risco de reiteração delitiva.

6. O suposto risco de reiteração delitiva, dissociado de quaisquer elementos concretos e individualizados que indicassem a necessidade da rigorosa providência cautelar, gera constrangimento ilegal. Além disso, apesar de (i) todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis; (ii) a paciente ser primária; (iii) a pena-base ter sido fixada no mínimo legal; (iv) a pena-definitiva, em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão; e (v) a segregação cautelar perfazer mais de 1 (um) ano e 2 (dois) meses; (vi) foi fixado o regime inicial fechado com base na hediondez do crime; e (vii) mantida a segregação preventiva.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para revogar o decreto prisional 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), 26 de abril de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 336.358 - SP (2015/0234956-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VERONICA DOS SANTOS SIONTI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANA LUCIA DA SILVA NOVAES (PRESA)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de ANA LUCIA DA SILVA NOVAES contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Noticiam os autos que a paciente foi presa em flagrante no dia 8/2/2015 (convertida em prisão preventiva em 13/2/2015), acusada da suposta prática da conduta descrita no art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Diante do indeferimento dos pedidos de liberdade provisória, a defesa impetrou *habeas corpus* na Corte estadual, o qual foi denegado, recebendo o acórdão a seguinte ementa (e-STJ fl. 37):

Habeas Corpus. Tráfico ilícito de drogas. Impetração buscando a nulidade do feito ou a revogação da prisão preventiva. Constrangimento ilegal não configurado. Presença dos pressupostos da prisão processual previstos nos arts. 312 e 313, do CPP. Imprescindibilidade da custódia cautelar para a garantia da ordem pública. Ordem denegada.

Nesta impetração, a Defensoria Pública afirma que a prova da materialidade do crime foi obtida por meio de revista vaginal e por isso tornou-se ilícita. Nesse diapasão, invoca a "Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada" para suscitar a nulidade de todos os procedimentos dela decorrente, inclusive da decisão que decretou a segregação cautelar.

Vencida neste tópico, a impetrante defende a nulidade da decisão que decretou a prisão provisória da paciente, por ausência de fundamentação idônea (gravidade abstrata do delito e garantia da ordem pública). Sustenta, ainda, ausência dos requisitos legais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autorizadores da segregação cautelar insculpidos no 312 do Código de Processo Penal. Afirma, por fim, que as circunstâncias subjetivas lhes são favoráveis e autorizariam a concessão da liberdade provisória

A impetrante pede, liminarmente, a revogação da prisão cautelar a fim de que a paciente seja colocada em liberdade. No mérito, pugna pela confirmação da medida liminar e pelo reconhecimento da nulidade do processo *ab initio*, diante do reconhecimento de que a prova da materialidade do crime foi obtida por meio ilícito (revista vaginal).

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 44/46).

O Juízo processando informou que a ação penal originária foi sentenciada e a paciente condenada à pena privativa de liberdade de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, no regime inicial fechado (e-STJ fls. 64/66). Notícia, ainda, a interposição de recurso pela defesa.

Em seguida, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da ordem. Se admitido o processamento, pede a declaração de prejudicialidade da impetração em relação à custódia cautelar (por prolação de sentença), e a sua denegação, no tópico da "ilicitude da prova" (e-STJ fls. 75/77).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 336.358 - SP (2015/0234956-1)

VOTO

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

O presente *habeas corpus* não merece ser conhecido, por inadequação da via eleita.

De acordo com a nossa sistemática recursal, o recurso cabível contra acórdão do Tribunal de origem que denega a ordem no *habeas corpus* é o recurso ordinário, consoante dispõe o art. 105, II, "a", da Constituição Federal.

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 assim o sistema recursal vigente. Admite-se, entretanto, em casos de flagrante ilegalidade, a concessão da ordem, de ofício.

Nesse sentido, confira-se:

[...] I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de **não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário** (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014). II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de *habeas corpus* substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício. (...). *Habeas corpus* não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

21/5/2015, DJe 27/5/2015, grifo nosso).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, embora o presente *habeas corpus* não possa ser conhecido, em respeito ao princípio constitucional da ampla defesa e para prestigiar a finalidade do remédio constitucional, passo à análise da prisão cautelar do paciente, a fim de verificar se é o caso de flagrante constrangimento ilegal hábil a justificar a atuação, de ofício, deste Superior Tribunal de Justiça.

Busca-se, em síntese, no presente *writ*, a revogação da prisão preventiva da paciente, denunciada (e condenada) por tráfico ilícito de entorpecentes.

De início, conforme informado pelo Juízo processante, houve a prolação de sentença condenatória. Nesse aspecto, necessário asseverar que, para a Quinta Turma desta Corte, a sentença condenatória que mantém a prisão cautelar do réu somente constitui novo título judicial se agregar novos fundamentos, com base no art. 312 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]. 1. "A ação constitucional de habeas corpus e o recurso em habeas corpus que questionam decreto de prisão preventiva não se encontram prejudicados pela superveniência de novo título, se a sentença penal condenatória mantém a constrição cautelar, sem agregar fundamentos novos".

[...]. (AgRg no HC n. 250.392/RN, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 26/5/2015, DJe 8/6/2015).

[...]. 2. O fato de haver sido prolatada sentença condenatória no feito não implica a prejudicialidade do writ originário, como decidido pela Corte Estadual, já que apenas o excesso de prazo da prisão restou superado com a prolação do édito repressivo, subsistindo o interesse da Defensoria Pública em ver analisado o pedido de anulação da ação penal. [...]. (HC n. 314.028/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 28/4/2015, DJe 7/5/2015).

[...]. A superveniência de sentença de pronúncia ou condenatória não constituirá "título novo", de modo a prejudicar o conhecimento do habeas corpus, se a ela nenhum fundamento novo for acrescentado [...]. (HC n. 288.716/SP, Relator Ministro NEWTON TRISOTTO – Desembargador Convocado do TJ/SC –, Quinta Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 1º/12/2014).

Na hipótese, o Juízo singular proferiu sentença em 21/10/2015, condenando a paciente à pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, por considerá-la incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Na mesma assentada, consoante consulta realizada aos termos da sentença na Vara de Origem, o Magistrado manteve a custódia preventiva, negando à paciente o direito a apelar em liberdade, ao argumento de que preservados estavam os motivos que autorizaram a decretação da medida extrema.

Confira-se, por oportuno, excerto da sentença vinculado à dosimetria da pena, à fixação do regime inicial e à manutenção da custódia cautelar:

DOSIMETRIA

Prevê o art. 68 do Código Penal que a pena base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste código (circunstâncias judiciais); em seguida serão consideradas as circunstâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atenuantes (art. 65) e agravantes (arts. 61 e 62); por último, as causas de diminuição e de aumento, entendidas estas últimas como sendo os fatores de acréscimo ou redução da pena, assinalados em quantidades fixas (dobro, metade etc) ou em limites (um a dois terços etc), previstos na parte geral ou especial do Cód. Penal (cf. Código Penal Comentado, Celso Delmanto, 2ª ed. Renovar, p.120).

Já o art. 59 dispõe que o Juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime: as penas aplicáveis dentre as cominadas; a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Prevê o artigo 42 da Lei nº. 11.343/06: **O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.**

A ré é primária. Sua culpabilidade, entendida como índice de reprovabilidade de sua conduta, no caso, é de média intensidade.

Sua personalidade e conduta social, à míngua de outros elementos informativos nos autos, há de ser tida por consoante a moral média.

Atento, ainda, às circunstâncias e funestas consequências da infração, que degrada a pessoa e compromete o tecido social e, em especial, considerando a quantidade de substância entorpecente que a acusada estava trazendo consigo no momento do flagrante, com os malefícios de todos conhecidos, fixo a pena base no mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias multa.

Como a pena base foi fixada no mínimo legal, fica prejudicada a atenuante relativa à confissão.

Uma vez que a infração aconteceu dentro das dependências do Centro de Detenção Provisória (art. 40, III), aumento a pena anterior em 1/6 (um sexto), chegando-se a pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além do pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias multa.

A acusada faz jus à causa de diminuição prevista no §4º, do artigo 33 da nova lei de entorpecentes, eis que é primária e de bons antecedentes, inexistindo qualquer indício nos autos de que se dedique a atividade criminosa ou integre organização criminosa.

Desta forma, a pena anterior deverá ser diminuída em 2/3 (dois terços) chegando-se a **pena final de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mais o pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias multa, a qual torno definitiva ante a**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ausência de outras modificadoras aplicáveis.

Cada dia multa fica fixado no valor mínimo previsto na lei especial, a hediondo (art. 2º da Lei 8072/90) e tal fato torna-o incompatível com a substituição promovida pelo novo diploma.

O regime de cumprimento da pena privativa de liberdade será, inicialmente, o fechado.

O tipo de crime cometido não permite quaisquer substituições ou favores legais.

Inaplicável, na espécie, as alterações promovidas pela lei 9.714/98 que alterou o tratamento das penas restritivas de direitos no Código Penal.

De fato, a traficância é crime equiparado a hediondo (art. 2º da Lei 8072/90) e tal fato torna-o incompatível com a substituição promovida pelo novo diploma.

DECISÃO.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE A PRETENSÃO PUNITIVA DEDUZIDA EM JUÍZO, e o faço para declarar ANA LUCIA DA SILVA NOVAES, qualificada nas fls. 19/23, incurso no artigo 33, caput, c.c. parágrafo 4º, c.c. art. 40, inciso III, todos da Lei 11.343/06, razão pela qual a CONDENO ao cumprimento da pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mais o pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias multa, cada qual no valor mínimo legal, ante a pouca fortuna da condenada, dado emergente dos autos.

Nos termos dos artigos 33, §3º, c/c 59, todos do Cód. Penal, e à luz do art. 110 da Lei 7210/84, o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade será, inicialmente, o fechado.

Nos termos do artigo 63, caput e §1º, da Lei 11.343/2.006, determino, se for o caso, o perdimento do valor apreendido em favor da União.

Oportunamente, lance seu nome no Rol dos Culpados.

Recomendem-na no cárcere em que se encontra, posto que já respondeu a todo o processo presa e perduram os requisitos ensejadores da prisão cautelar, máxime agora, diante da condenação, ainda que não definitiva.

Aliás, preso o réu em razão de flagrante e mantida a prisão durante todo o desenrolar da ação penal, porque concorrentes os motivos permissivos da decretação da custódia preventiva, inaplicável o preceito relativo ao direito de recorrer em liberdade.

Por fim, trata-se de efeito imediato da sentença condenatória recorrível a conservação da sentenciada na prisão em que se encontra (CPP, art. 393, II).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nos termos do §1º, do artigo 58 da Lei 11.343/06, inexistindo controvérsia a respeito da natureza, quantidade ou regularidade do respectivo laudo pericial da substância apreendida, determino a destruição das drogas através de incineração, no prazo máximo de 30 dias, preservando-se amostra para eventual contraprova (art. 32, §1º, da lei especial).

P . R . I . C .

Suzano, 21/outubro/2015.

Como se vê, não foram agregados novos fundamentos ao decreto prisional e, portanto, a sentença não configura novo título a respaldar a prisão cautelar da paciente, motivo pelo qual passo à análise do pleito de liberdade formulado no *mandamus*.

A questão jurídica limita-se, portanto, a verificar a (i)legalidade da prisão cautelar da paciente pela suposta prática de tráfico de drogas.

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.

O art. 312 do Código de Processo Penal determina que *a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.*

Entende-se pela expressão [garantia da ordem pública] a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente (NUCCI, Guilherme de Sousa. Código de Processo Penal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Comentado. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2014, p. 699).

Asseguração da aplicação da lei penal: significa garantir a finalidade útil do processo, que é proporcionar ao Estado o exercício do seu direito de punir, aplicando a sanção devida a quem é considerado autor de infração penal (idem, p. 710, grifo original).

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.

É certo que a gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas não ampara, por si só, a negativa do benefício da liberdade provisória, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 pelo Supremo Tribunal Federal.

Na hipótese, a decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva encontra-se assentada nos seguintes termos (e-STJ fls. 24/28):

Vistos.

1) *Flagrante formalmente em ordem.*

2) *Nos termos das novas disposições do Código de Processo Penal relativas à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares, trazidas pela Lei nº 12.403 de 04.05.11, em vigor desde 04.07.11, passo a analisar o encarceramento do(s) indiciado(s) e a possibilidade de conversão da prisão em alguma das outras medidas cautelares previstas em lei (art. 319).*

Imputa-se à indiciada a prática do crime de tráfico de substâncias entorpecentes cometido, em tese, nas circunstâncias de tempo e local mencionadas no auto de prisão em flagrante.

Dos requisitos da prisão cautelar.

Do "fumus comissi delicti" - Da existência de provas da materialidade e de indícios suficientes de autoria (art. 312, parte final, do CPP) A prova da materialidade e autoria do crime tráfico de entorpecentes para interior de unidade prisional encontra-se no B.O. às fls. 08/11, ante a quantidade e diversidade de substâncias entorpecentes cocaína e maconha retratadas no laudo de constatação de fls. 16/18, e pelas circunstâncias da prisão em flagrante.

Do "periculum in mora" - Da necessidade de preservação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem pública (art. 312, "caput", do CPP).

A custódia cautelar se presta dentre outras finalidades, à preservação da ordem pública, principalmente para evitar a reiteração de delitos da espécie em análise (traficância ilícita de substância entorpecente para o interior de unidade prisional).

O conceito de "ordem pública" não é unívoco, aborda vários aspectos da vida em sociedade. Por ordem pública pode se entender como as **"condições mínimas necessárias a uma conveniente vida social, a saber: segurança pública, salubridade pública e tranqüilidade pública."** (LAZZARINI, Álvaro. In "Estudos de direito administrativo". 2.^a edição, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, ano 1999, à página 52).

Outrossim, não se exige que a ordem seja aquela prevalecente, do ponto de vista espacial, em uma população de um país ou a um estado inteiro, ou mesmo abranja todo um município. Basta que, razoavelmente, o crime repercuta, sob aspectos perturbadores, em um espaço ocupado por uma comunidade considerável de pessoas.

Uma vez que a prática de um crime possa perturbar essa comunidade, a ponto de esta deixar de viver em um ambiente de relativa tranquilidade na qual possa se desenvolver normalmente, tal crime é pressuposto fático para manutenção do agente segregado cautelarmente do convívio social.

No caso da atividade ilícita de tráfico de substâncias entorpecentes, a ordem pública que a lei pretende resguardar é a **saúde pública**. Outrossim, a ordem pública também pode ser tomada como a necessária **segurança da coletividade em geral (segurança pública)**.

Em primeiro plano, a prisão cautelar serve para que se demonstre à sociedade que o Estado é capaz de dar uma resposta pronta, até mesmo pedagógica, àqueles que tentarem tal desiderato, frente à conduta criminosas que atinge a coletividade como um todo, desde jovens e adultos viciados como aqueles que por fraqueza, se entregam ao vício.

Sob o aspecto da lei penal, a sanção frente ao tráfico de entorpecentes deve ser firme e contundente, com cunho repressivo e preventivo, exemplarmente dissuadindo a entrada de outras pessoas no mundo deste tipo de crime.

"Conforme se tem decidido¹ " (...) A garantia da ordem pública é representada pelo imperativo de se impedir a reiteração das práticas criminosas (...). A garantia da ordem pública se revela, ainda, na necessidade de se assegurar a credibilidade das instituições públicas quanto à visibilidade e transparência de políticas públicas de persecução criminal"² (apud Renato Marcão, in "Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas, ed. Saraiva, 2011, pág. 143).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O legislador fez considerar o crime de tráfico como um crime de perigo abstrato. Nos crimes de perigo abstrato, podemos verificar sua incomum gravidade. O delito de consuma com a mera situação de risco a que fica exposto o objeto material do crime, que no caso, é a saúde (em todos os sentidos, física, mental, psicológica) da coletividade em geral. A gravidade de um crime de perigo abstrato é tamanha que se chega mesmo a dispensar a verificação de uma vítima lesionada para a caracterização da consumação. Ou seja, nesses crimes, a repressão se dá em face da mera conduta do agente, considerada reprovável ante seu desvalor.

Todas as modalidades de tráfico de drogas contempladas no Capítulo IV, do Título II, da Lei nº 11.343/2006 são crimes de perigo abstrato. As condutas ali tipificadas promovem a facilitação de acesso ao produto. A pessoa, uma vez experimentando, pode tornar-se uma viciada. Uma vez viciada, tornar-se uma dependente. E o dependente passa a fomentar e a dar motivo para a existência da mercancia.

*Ao analisarmos as condutas do tráfico de entorpecentes, não devemos nos limitar somente à mera conduta, que do ponto de vista objetivo, assemelhar-se-ia a portar quaisquer objetos que não fossem drogas, como pedras, madeira, areia, parafusos... O que deve ser colocado em relevo é o **desvalor** da conduta. E o desvalor está nas **consequências prejudiciais verificáveis, advindas da conduta**.*

As consequências geradas pela atividade de traficância são aptas a criar a perturbação à ordem pública em vários aspectos e, quando já verificada tal perturbação, incrementá-la.

*A existência da atividade de tráfico de drogas perturba a ordem pública na medida em que gera consequências nocivas **de toda ordem** no convívio em sociedade. Como consequências diretas verificamos: os danos causados à saúde das pessoas (a dependência química, de tal sorte a motivar o viciado a praticar pequenos furtos até roubos para aquisição de drogas), os desajustes familiares (o viciado converte-se em uma pessoa amorfa, sem objetivos de vida, se entrega à lascidão moral e à desocupação, passa a depender de familiares para levar uma vida considerada normal). Em escala macroscópica, passa a se verificar várias famílias que tiveram a vida arruinada depois das drogas. O tráfico ocasiona a formação e o fomento de organizações criminosas (a exemplo do "PCC"), motiva o aliciamento de mulheres e menores de idade para servirem de "mulas" e "formigas do tráfico", motiva disputas por "territórios" e "pontos de venda", motiva os confrontos de traficantes entre si e entre as polícias com resultado morte, dentre tantos fatos que estampam os noticiários todos os dias. As consequências indiretas são inúmeras: os encargos acarretados ao próprio Estado como o aparelhamento do sistema policial, do sistema penitenciário, do sistema de saúde*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pública e assistencial etc., cujos recursos públicos poderiam estar sendo investidos em objetivos de maior nobreza.

Convém anotar que na atividade de tráfico de drogas, o único beneficiado é a figura do traficante, que muitas vezes nem mesmo viciado é. O lucro auferido possibilita a corrupção de agentes públicos, a exemplo de policiais (para fazerem "vista grossa" à venda escancarada de drogas pelas ruas e nas "bocas" do tráfico) e agentes penitenciários (para facilitarem a entrada de celulares, armas de fogo, armas brancas dentre outros objetos proibidos, para o interior dos presídios, tudo destinado à manutenção da atividade ilícita).

Logo, o tráfico de substâncias entorpecentes deve ser energicamente repreendido haja vista a quantidade e diversidade de males que acarreta à sociedade.

No caso das prisões cautelares, o risco à ordem pública não deve ser hipotético, mas também avaliado concretamente. A gravidade do delito deve ser atribuída não só à conduta em si, mas às consequências concretas e empiricamente constatáveis.

A acusada tentou adentrar o estabelecimento prisional com quantidade de drogas (constatado que se tratava de "maconha") nos fundos de um pote de plástico contendo lasanha na camada superficial, para levar a seu companheiro "Rafael".

Tal conduta é reprovável na medida em que visa a introdução de drogas no interior do presídio.

Sabe-se que o confinamento "intra muros" é um ambiente que propicia o uso de drogas para se dar conforto psíquico ao preso. É um ambiente altamente propício para o uso individual. Com a entrada de drogas, passa a existir um verdadeiro comércio "intra muros", com as mesmas características que há do lado de fora da prisão.

As drogas consumidas no interior do presídio passam a fomentar a existência de uma extensa organização criminoso a agir tanto do lado de dentro quanto do lado de fora do presídio, sustentadas pela relação comum: o vício.

O preso, ao consumir a droga no interior do presídio, torna-se devedor do traficante, que mantém a atividade do lado de fora. No ambiente externo, haverá alguém ligado ao preso-consumidor (um familiar, um afim, um devedor dele) para quitar pela droga consumida.

Dependendo da quantidade consumida, o dinheiro é conseguido das mais diversas formas, até mesmo mediante trabalho prestado diretamente ao traficante (serviço de "mulas", "formigas do tráfico", favores etc), ou por meio da prática de furtos, roubos, sequestros etc.

Em suma, a existência de droga no interior do presídio ocasiona os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mesmos males do uso de drogas fora do presídio, motivo pelo qual a existência de “mulas” deve ser reprimida a fim de impedir o acesso direto do produto pelos encarcerados.

Dessa forma, a conduta de transportar drogas para o interior do presídio representa gravidade tal que a prisão preventiva serve-se para evitar as consequências dos males posteriores.

A saúde da população de presos daquele local (que no caso do Centro de Detenção Provisória de Suzano, ultrapassa a dois mil e duzentos homens) também fica exposta a perigo de se tornarem futuros dependentes do vício.

Isso sem mencionar as consequências que o consumo interno causam do lado de fora, ao perpetuar, incrementar e comprometer a insegurança de toda uma coletividade.

Além disso, independentemente da quantidade, a se aceitar a soltura prematura da indiciada por tentar entrar em presídio com entorpecentes, estar-se-ia admitindo que o transporte de droga para lá não representaria atitude reprovável. Estar-se-ia admitindo que a posse de droga para uma prisão não seria fato grave, de modo que passaria a dar a noção de verdadeiro incentivo a conduta desse tipo.

Da vedação de concessão de liberdade provisória nos termos do art. 44 da Lei de Drogas.

O STF manifestou-se incidentalmente acerca da inconstitucionalidade do art. 44 da Lei de Drogas, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 104.339/SP em 24/08/2001, com autorização de julgamento monocrático se o único fundamento da impetração for a discussão do referido dispositivo legal. A decisão final ficou afeta ao Plenário da Corte que ainda não se manifestou a respeito.

Posteriormente, o mesmo Supremo Tribunal manifestou-se acerca da constitucionalidade da vedação, diante do quanto proferido no HC nº 93.229-1, Rel. Ministra Cármen Lúcia, 1ª Turma, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 25/04/2008, bastando que se consulte o teor do acórdão no site daquele Egrégio Tribunal na Internet.

Ponto nodal da questão, é a possibilidade que cabe ao legislador estabelecer regras de “descrímen” entre situações assemelháveis por ficção legal, tal como o fez ao equiparar situações distintas sob a rotulagem de crime “hediondo”.

Se ao legislador cabe fazer discriminações entre situações dentro do campo de competência que lhe cabe, ainda mais prescrevendo proibições, “data venia”, não haveria como o julgador alterar o sentido dos preceitos sob pena de o juiz fazer o papel de legislador e invadir a competência do Legislativo, a quem cabe fazer as leis.

Dispõe o art. 5º, XLIII da Constituição Federal que “a lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerará crimes **inafiançáveis** e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, **o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins**, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem". Por seu turno, a Lei 8.069/90 (art. 2º), passou a prescrever que os crimes hediondos, a prática da tortura, **o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins** e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; II - fiança. § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida **inicialmente em regime fechado**.

A vedação de concessão de fiança, graça, indulto, anistia e a fixação de regime inicial de cumprimento de pena já no regime "fechado", em exceção ao critérios de individualização da pena e da graduação do regime estabelecida pelos critérios do art. 33 do Código Penal, evidencia a gravidade do crime de tráfico e a necessidade de repressão por parte do Estado.

Outrossim, não há nenhuma súmula vinculante ou decisão tomada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal a julgarem inconstitucional a vedação legal, únicas formas a autorizarem categoricamente pela inaplicabilidade da lei pelos demais órgãos do Estado.

Assim, não há data venia" de entendimento diverso, motivo a interpretar diferentemente aquilo que foi a vontade primeira do legislador.

Do descabimento da imposição de outras medidas cautelares diversas da prisão (artigos 319 e 282 do CPP).

A substituição da prisão celular por outras medidas cautelares deve revelar-se, aos olhos do Julgador, adequada e proporcional nos termos do artigo 282 do Código de Processo Penal.

No caso concreto, nenhuma delas se mostra adequada.

A natureza do crime perpetrado e o grau de empenho do agente não são condizentes com a imposição de medidas diversas da prisão para que respondam ao processo em liberdade. Se teve predisposição a tal atividade, conclui-se que há risco de evasão do distrito da culpa.

Além disso, não se pode desconsiderar as deficiências estruturais do Estado para fiscalização das medidas a serem cumpridas em liberdade, o que leva a concluir que elas não serão eficazmente cumpridas.

Conclusão.

Posto isto, na esteira da manifestação ministerial retro, com fundamento no art. 310, II, do Código de Processo Penal, **CONVERTO** a prisão flagrancial da indiciada **ANA LUCIA DA SILVA NOVAES** em prisão preventiva, vedando-lhe a substituição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por outra medida cautelar (art. 319), pelas razões acima alvitradas.

Expeça-se mandado de prisão, com urgência.

3) Aguarde-se a vinda do inquérito policial.

4) Ciência ao Ministério Público.

O Tribunal de origem, por sua vez, em sede de *habeas corpus*, manteve a segregação cautelar da paciente, sob os seguintes fundamentos (e-STJ fls. 36/41):

A paciente foi presa em flagrante delito quando tentava ingressar no Centro de Detenção Provisória de Suzano com 99,3g de cocaína e 20,5 de maconha, introduzidas em sua genitália.

Sua prisão em flagrante foi convertida em preventiva, eis que presentes os indícios de autoria e a prova da existência do crime, sendo a custódia necessária para garantia da ordem pública.

Quanto à alegada nulidade, esta não prospera tendo em vista que a r. decisão encontra-se devidamente fundamentada, estando presentes indícios de autoria e prova da materialidade delitiva.

Ademais a revista íntima, embora não seja o procedimento mais adequado, visa justamente evitar que visitantes ingressem no estabelecimento penal com substâncias entorpecentes, aparelhos celulares e demais itens proibidos.

O delito é de natureza equiparada a hedionda o que inviabiliza a concessão de liberdade provisória.

É bem verdade que a Lei 11.464/2007 suprimiu do artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90, a vedação da liberdade provisória para os crimes hediondos e equiparados. No entanto a Lei de drogas é especial em relação à Lei de Crimes Hediondos, persistindo, pois, a vedação para os casos mencionados no art. 44 da Lei 11.343/06.

In verbis:

“Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e parágrafo 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.” A Resolução nº 05/2012 do Senado Federal, retirou a eficácia da proibição da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, prevista no art. 44, bem como no art. 33, §4º, da mesma lei. Igualmente a proibição de liberdade provisória foi tida como inconstitucional pelo STF, em decisão de 10 de maio de 2012, em votação plenária do HC nº 104.339/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, onde por maioria de votos entendeu “incidenter tantum” que é inconstitucional a vedação de proibir a análise do Magistrado sobre os requisitos para manutenção da custódia cautelar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não sendo Ação de Declaração de Inconstitucionalidade tal decisão não vale “erga omnes”, mas só entre as partes ou até o reconhecimento da inconstitucionalidade por ADI ou a modificação do texto do artigo 44 da Lei de Drogas por Resolução do Senado.

Contudo os Tribunais Superiores tem estendido essa decisão.

Não obstante, no presente caso, não se vislumbra o preenchimento dos requisitos necessários à concessão de tal benesse.

A manutenção da custódia cautelar se baseia nas condições e quantidade de entorpecentes apreendida, sendo que houve efetiva necessidade de garantia da ordem pública posto que, ao que tudo indica, se em liberdade o paciente voltaria a infringi-la traficando.

Não se vislumbra qualquer nulidade, eis que a r. decisão está devidamente fundamentada, mormente pela natureza do delito (tráfico ilícito de entorpecentes), permanecendo inalterados os motivos que ensejaram sua custódia cautelar.

Ademais o tráfico é flagelo mundial e quem o pratica em larga escala deve permanecer custodiado cautelarmente.

Presentes, pois, os requisitos do art. 312, do Código de Processo Penal, não se verificando qualquer ilegalidade a ser remediada.

Não obstante, é de se observar que com a vigência da Lei nº 12.403/11, é necessária a presença de pressupostos para aplicação da medida extrema, os quais se encontram devidamente preenchidos no presente caso, tais como prova da existência do crime, indícios sérios de autoria, nos termos do art. 312 e 313 do Código de Processo Penal.

Ademais, não é o caso de aplicação das medidas cautelares eis que conforme o artigo 282, parágrafo 6º, do Código de Processo Penal, “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).”

E tal se dá porque presentes ao menos um dos requisitos do artigo 312, parágrafo único, do Código de Processo Penal, o que faz com que a aplicação de medida cautelar diversa da prisão seja ineficaz ou inadequada, sendo caso de decreto da prisão preventiva, mormente quando se tratar de crime doloso punido com pena privativa superior a 04 (quatro) anos.

Dessa forma, a custódia cautelar é de ser mantida, máxime pela necessidade de garantia da ordem pública, profundamente afetada pelo crescente tráfico de drogas.

Ademais, o entendimento da jurisprudência é no sentido de que a primariedade, os bons antecedentes, o domicílio certo e a ocupação lícita, por si só, não são capazes de afastar a custódia cautelar, uma vez que ocorrida a prisão em flagrante e presentes os requisitos da prisão preventiva para garantir a ordem pública e a instrução processual.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante do exposto, não se vislumbra qualquer constrangimento ilegal a ser amparado no presente writ.

*Isso posto, **denega-se a ordem.***

Em uma análise detida do inteiro teor da decisão singular, preservada pelo Tribunal impetrado, não se verifica a presença de elementos concretos, colhidos do flagrante, valorados pelo Magistrado para fins de decretação da prisão do paciente, ajustados às hipóteses legais que autorizam, excepcionalmente, a restrição da liberdade.

Observa-se que a decisão faz apenas referência ao fato de que a *acusada tentou adentrar o estabelecimento prisional com quantidade de drogas (constatado que se tratava de 'maconha') nos fundos de um pote de plástico contendo lasanha na camada superficial, para levar a seu companheiro 'Rafael'*, destacando, ainda, que *a conduta de transportar drogas para o interior do presídio representa gravidade tal que a prisão preventiva serve-se para evitar as consequências dos males posteriores.*

Há apenas referências genéricas ao caso concreto, aos termos da lei processual e uma análise teórica, com termos abstratos e suposições acerca da necessidade da prisão preventiva, sem apontar dados objetivos da suposta conduta perpetrada pela paciente, bem como da necessidade da medida extrema.

O discurso judicial que se apresenta puramente teórico, carente de real elemento de convicção, não justifica a prisão. As circunstâncias levantadas no decreto não são bastantes para a segregação da paciente, caso não tenham sido informadas circunstâncias pessoais do acusado ou *modus operandi* excepcionais.

Ademais, não é crível presumir o suposto risco de reiteração delitiva, ou seja, presumir que a paciente, em liberdade, represente risco à ordem pública. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. USO DE DOCUMENTO FALSO. CONDENAÇÃO. PROIBIÇÃO DE RECORRER EM LIBERDADE. PACIENTE QUE PERMANECEU SOLTO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA À LUZ DO ART. 312 DO CPP PARA JUSTIFICAR A CUSTÓDIA. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, buscando dar efetividade às normas previstas na Constituição e na Lei 8.038/90, passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi aqui adotado, ressalvada a existência de flagrante ilegalidade, a autorizar a possibilidade atuação de ofício.

2. De acordo com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, o réu que respondeu solto à instrução criminal assim deve permanecer, se não tiver dado causa superveniente à decretação da prisão preventiva.

3. Evidente a coação ilegal quando não foram indicados, à luz do art. 312 do CPP, os motivos concretos pelos quais, após permanecer em liberdade durante toda a instrução criminal, seria necessário o recolhimento do sentenciado ao cárcere, não sendo suficiente apontar-se a gravidade genérica do delito objeto da condenação ou a possibilidade abstrata de uma fuga para justificar a medida extrema.

4. Habeas corpus não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício para permitir que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da condenação, se por outro motivo não estiver preso. (HC n. 311.979/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 1º/12/2015).

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 a existência de organização criminosa, que necessite ser urgentemente desarticulada, ou quando o agente demonstre uma **intenção efetiva** de não se submeter à aplicação da lei penal.

A propósito, *O Supremo Tribunal Federal rechaça a prisão preventiva decretada somente com base na gravidade em abstrato do delito ou mediante a repetição dos predicados legais e a utilização de fórmulas retóricas que, em tese,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

serviriam para qualquer situação. [...] (HC n 125.957, Relator Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 24/2/2015, publicado em 13/3/2015).

Nesse mesmo sentido, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. O juízo de primeiro grau, ao decretar a prisão preventiva do paciente com base em fundamentos genéricos relacionados à gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas, não observou o disposto no art. 312 do Código de Processo Penal. Não foram apontados elementos concretos a justificar a segregação provisória. Nem mesmo a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido (53,88 gramas de maconha) autorizam o decreto cautelar. Precedentes: HC n. 306.695/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 12/03/2015; HC n. 294.972/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 18/08/2014; HC n. 309.011/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 03/02/2015.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva do paciente, mediante a aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a critério do juízo de primeiro grau. (HC n. 329.293/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 13/10/2015, DJe 21/10/2015, grifo nosso).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO (NÃO CONHECIMENTO). TRÁFICO DE ENTORPECENTES (HIPÓTESE). PRISÃO PREVENTIVA (REQUISITOS). PROIBIÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA CONSTANTE DO ART. 44 DA LEI Nº 11.343/2006 (INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF). GRAVIDADE DOS FATOS; INSEGURANÇA PARA A POPULAÇÃO LOCAL; EFEITOS DELETÉRIOS EXPERIMENTADOS POR JOVENS E CRIANÇAS; CRIME INTIMAMENTE LIGADO A OUTRAS ESPÉCIES DELITIVAS, QUE COLOCAM EM RISCO A POPULAÇÃO (MERAS CONJECTURAS). EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA (PREJUDICADO). CONSTRANGIMENTO ILEGAL (CONFIGURADO).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 (Precedentes).*
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 sua segregação, tendo-se valido da suposta vedação genérica à concessão de liberdade provisória a acusado de tráfico ilícito de entorpecentes, e tendo se limitado a abordar, de modo abstrato, a gravidade e as consequências do crime de tráfico, como o fato de o delito provocar "enorme insegurança para a população local" e causar "efeitos deletérios a jovens e crianças", bem como estar "na maioria das vezes, intimamente ligado a outras espécies delitivas, que colocam em risco a população", sem amparo em dados concretos referentes ao caso vertente, mas sim em meras conjecturas.*
4. ***O discurso judicial que se apresenta puramente teórico, carente de real elemento de convicção não justifica a prisão (Precedentes).***
5. *A verificação do suposto constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa torna-se dispensável, uma vez que, desde já, é constatado fundamento para a revogação do cárcere, diante da ausência de requisitos autorizadores da constrição.*
6. *Writ não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para revogar o decreto prisional do paciente, sob a imposição das medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 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. (HC n. 313.102/PI, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 13/10/2015, DJe 19/10/2015).*

Afirmações genéricas e abstratas de possibilidade de reiteração delitiva não são, portanto, bastantes para justificar a custódia preventiva. Ainda mais quando se trata de paciente que guarda condições pessoais favoráveis, como a primariedade, os bons antecedentes, residência fixa e que, conforme se extrai das informações prestadas, foi, ao final, condenada à pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, no regime fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em conclusão, a decisão singular não apontou qualquer dado concreto, à luz do art. 312 do Código de Processo Penal, a respaldar a restrição da liberdade da paciente.

Em respeito ao debate, registro que apesar de (i) todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis; (ii) a paciente ser primário; (iii) a pena-base ter sido fixada no mínimo legal; (iv) a pena-definitiva, em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e (v) a segregação cautelar perfazer mais de 1 (um) ano e 2 (dois) meses; o regime fechado foi fixado pelo Juízo *a quo* com base na hediondez do delito.

Ademais, e por outro lado, *A imposição de medida cautelar não depende da prova certa da materialidade, nem de indícios suficientes de autoria. Esses são requisitos para a prisão preventiva e para o oferecimento da denúncia ou queixa* (NUCCI, Guilherme de Sousa. Código de Processo Penal Comentado. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 282).

Avaliando as circunstâncias do fato concreto, para garantir a ordem pública e assegurar a instrução processual, mister substituir a prisão preventiva pelas medidas cautelares insculpidas no art. 319, incisos I e IV, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

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;

O prazo e as condições do comparecimento periódico em juízo deverão ser fixados pelo Magistrado de primeiro grau.

Diante da ausência de fundamentação idônea, a ordem merece ser concedida de ofício para substituir a prisão preventiva da paciente pelas medidas cautelares retromencionadas, sem prejuízo de que nova custódia seja decretada, com base em fundamentação concreta, caso demonstrada sua necessidade, bem como de que sejam eventualmente fixadas outras medidas cautelares constantes no art. 319 do CPP, a critério do Juízo local.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Registra-se, por fim, que as questões acerca da nulidade da revista íntima e, por conseguinte, de todo o processo originário deverão ser, eventualmente, aferidas pelas instâncias originárias, respeitando-se o devido processo legal e o contraditório. Não há, no presente instrumento, documentos hábeis a permitir a realização desta análise/conclusão.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. **Concedo a ordem de ofício** para revogar o decreto prisional de ANA LÚCIA DA SILVA NOVAES, sob a imposição das medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319, incisos I e IV, do Código de Processo Penal, cuja regulamentação será feita pelo Juízo de primeiro grau, sem prejuízo da fixação de outras medidas cautelares.

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0234956-1

HC 336.358 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 000116758201582606 000116758201582606 20150000632508 20445320620158260000

EM MESA

JULGADO: 26/04/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VERONICA DOS SANTOS SIONTI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANA LUCIA DA SILVA NOVAES (PRESA)

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, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.