



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 525.244 - SP (2019/0229606-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : FERNANDA CACCAVALI MACEDO GAMA - SP199563
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL OLIVEIRA GOMES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. RISCO À APLICAÇÃO DA LEI PENAL. MERA CONJECTURA. 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 da possível existência de processo em desfavor do paciente em outro Estado da Federação - circunstância que não se confirmou nos autos - e à inexistência de endereço certo ou profissão definida - elementos que não são suficientes para gerar a presunção de fuga.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concreto, em que o paciente foi flagrado em posse de 18 invólucros de maconha (60,3g) e 20 de cocaína (11,7g). Precedentes.

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 e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 20 de agosto de 2019(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 525.244 - SP (2019/0229606-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : FERNANDA CACCAVALI MACEDO GAMA - SP199563
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL OLIVEIRA GOMES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de RAFAEL OLIVEIRA GOMES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2155201-87.2019.8.26.0000).

Segundo consta dos autos, o paciente foi preso em flagrante no dia 04/07/2019 (prisão convertida em preventiva) e foi denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, porque (e-STJ fl. 66):

Consta dos autos do incluso inquérito policial que, no dia 04 de julho de 2019, cerca de 14h30min, na Estrada da Vovó Carolina, 900, Iguatemi, neste município e comarca, RAFAEL OLIVEIRA GOMES, qualificado às fls. 16, trazia consigo e guardava, para consumo de terceiros, 18 porções contendo TETRAHIDROCANNABINOL (THC), vulgarmente conhecida por "maconha" e ou "haxixe" (peso líquido 60,3g), e 20 porções de cocaína em pó (peso líquido 11,7g), substâncias estas consideradas drogas, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, apreendidas a fls. 05/06, e constatada provisoriamente a fls. 09/11.

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* na Corte estadual alegando, em síntese, que os requisitos do art. 312 do CPP não estão presentes no caso em questão e que o flagrante foi convertido em cárcere preventivo imotivadamente. Sublinhou que a gravidade do delito não impede a concessão do benefício e que o acusado é detentor de circunstâncias favoráveis, podendo responder ao julgamento do processo em liberdade ou mediante a aplicação de medidas cautelares diversas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal de origem, contudo, denegou a ordem nos termos do acórdão (e-STJ fls. 89/94).

Na presente oportunidade, a defesa reitera que os requisitos para a manutenção do cárcere cautelar não são vistos no caso em tela e que o decreto de prisão preventiva do paciente não foi devidamente fundamentado. Lembra, novamente, que o acusado é primário, ostenta bons antecedentes e possui vínculo com a comarca, podendo responder ao julgamento do processo em liberdade. Aduz, ainda, que, caso condenado, o réu poderá vir a cumprir a pena em regime diverso do fechado.

Diante disso requer a revogação da prisão preventiva do paciente ou, subsidiariamente, a aplicação de medidas cautelares diversas.

A liminar foi indeferida às e-STJ fls. 97/101.

Informações às e-STJ fls. 104/109.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (e-STJ fls. 112/115).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 525.244 - SP (2019/0229606-7)

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 a revogação da prisão preventiva decretada, alegando-se ausência de fundamentos idôneos e desproporcionalidade da medida.

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, assim foi lavrada a decisão que homologou a prisão em flagrante e a converteu em preventiva (e-STJ fls. 42/46):

Para a decretação da custódia cautelar, a lei processual exige a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reunião de, pelo menos, três requisitos: dois fixos e um variável. Os primeiros são a prova da materialidade e indícios suficientes de autoria. O outro pressuposto pode ser a tutela da ordem pública ou econômica, a conveniência da instrução criminal ou a garantia da aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Ademais, deve-se verificar uma das seguintes hipóteses: a) ser o crime doloso apenado com pena privativa de liberdade superior a quatro anos; b) ser o investigado reincidente; c) pretender-se a garantia da execução das medidas protetivas de urgência - havendo violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência (CPP, art. 313). No caso em apreço, a prova da materialidade e os indícios suficientes de autoria do crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/2006) encontram-se evidenciados pelos elementos de convicção constantes dos autos de cópia de flagrante, em especial os depoimentos colhidos, o auto de apreensão e o laudo de constatação da droga. **Trata-se, na hipótese, da apreensão de R\$ 65,00; 18 invólucros contendo maconha e 20 invólucros contendo cocaína, drogas extremamente lesivas.** Para o indivíduo, a cocaína (e seu subproduto, o crack) enseja a necessidade de doses cada vez maiores, isto é, tem altíssimo potencial à toxicofilia (dependência pela interação do metabolismo orgânico do viciado e o consumo da droga), além de poder causar convulsões a até mesmo parada cardíaca. Para a sociedade, diferentemente da maconha (droga depressora), a *Erythroxylum Coca* é um poderoso estimulante do sistema nervoso central, pelo que tem como efeito taquicardia, exaltação, euforia e paranoia e debilita os elementos mais nobres da personalidade, como o sentido ético e a crítica. Sua crise de abstinência causa tremores, ansiedade, inquietação e irritabilidade (Delton Croce Jr. Manual de medicina legal. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 665). Ou seja, tem-se a mistura perfeita para o fomento à criminalidade violenta. Daí a necessidade da cautela para a garantia da ordem pública. Note-se que a quantidade de droga apreendida não pode servir, por ora, para afastar a capitulação legal inicialmente dada aos fatos, absolutamente suficiente para a mercancia. Nem se pode cogitar, nesta análise preliminar, da aplicação do benefício previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06). Os requisitos necessários para o seu reconhecimento devem ser aferidos durante a instrução processual, pelo Juiz Natural, desde que comprovada a não dedicação a atividades criminosas - requisito cumulativo e que não se confunde com os bons antecedentes. **Não há, por outro lado, indicação precisa de endereço fixo e de atividade remunerada que ligue o autuado ao distrito da culpa, denotando que a cautela é necessária para a conveniência da instrução criminal e de eventual aplicação da lei penal. Não bastasse isso, consoante informação trazida nesta oportunidade pelo insigne Promotor de Justiça, aparentemente há processo em desfavor do indiciado no Estado da Bahia. A**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevenção da reprodução de novos delitos é motivação bastante para assentar a prisão ante tempus (STF, HC 95.118/SP, 94.999/SP, 94.828/SP e 93.913/SC), não como antecipação de pena, mas como expediente de socorro à ordem pública, fazendo cessar emergencialmente a prática criminosa. Por fim, tratando-se de acusação que demanda reconhecimento pessoal em audiência, mais uma vez impõe-se a custódia para a garantia da instrução. Ressalto que a arguição de que as circunstâncias judiciais são favoráveis ao autuado não é o bastante para recomendar a benesse pretendida. E que “o Superior Tribunal de Justiça, em orientação uníssona, entende que persistindo os requisitos autorizadores da segregação cautelar (art. 312, CPP), é despiciendo o paciente possuir condições pessoais favoráveis” (STJ, HC nº 0287288-7. Rel. Min. Moura Ribeiro. Dje. 11/12/2013). “A circunstância de o paciente possuir condições pessoais favoráveis como primariedade e excelente reputação não é suficiente, tampouco garantidora de eventual direito de liberdade provisória, quando o encarceramento preventivo decorre de outros elementos constantes nos autos que recomendam, efetivamente, a custódia cautelar. A prisão cautelar, desde que devidamente fundamentada, não viola o princípio da presunção de inocência” (STJ. HC nº 34.039/PE. Rcl. Min. Fclix Fishcr, j. 14/02/2000). Deixo de converter o flagrante em prisão domiciliar porque ausentes os requisitos previstos no artigo 318 do Código de Processo Penal. Deixo, ainda, de aplicar qualquer das medidas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal. Isso porque nenhuma delas é efetivamente segregadora. As medidas referidas não têm o efeito de afastar o acusado do convívio social, razão pela qual seriam, na hipótese, absolutamente ineficazes para a garantia da ordem pública. 5. Destarte, estando presentes, a um só tempo, os pressupostos fáticos e normativos que autorizam a medida prisional cautelar, impõe-se, ao menos nesta fase indiciária inicial, a segregação do(s) autuado (s), motivo pelo qual, acolhendo, também, a manifestação do insigne Promotor de Justiça como subsídio para decidir CONVERTO a prisão em flagrante de RAFAEL OLIVEIRA GOMES em preventiva, com fulcro nos artigos 310, inciso II, 312 e 313 do Código de Processo Penal.

O Tribunal a quo, por sua vez, manteve a segregação, ponderando o seguinte (e-STJ fls. 89/94):

Com efeito, de acordo com as informações e cópias trazidas aos autos, Rafael Oliveira Gomes foi denunciado pela prática do delito do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 (cf. fls. 58/59), tendo sido preso em flagrante delito, na posse e guarda de porções de “cocaína”, “maconha” e “haxixe”, além de uma quantia em dinheiro, em atitude de indivíduo traficante de drogas (cf. fls. 07/26).

No tocante ao pleito de liberdade processual, vê-se que os fatos apurados são reconhecidamente graves, bastando para essa conclusão uma breve leitura das peças juntadas, que relatam por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parte do paciente, conduta típica de quem trafica entorpecentes, quando foi preso em flagrante, repita-se. Por óbvio, das cópias das investigações acostadas, depreende-se que se trata de indícios que dependem, ainda, de prova satisfatória, só alcançada com o decorrer do processo e ampla produção probatória. Essas circunstâncias, aliadas ao tipo de crime praticado, demonstram que se torna imprescindível a custódia preventiva do paciente, estando presentes, pois, iniludivelmente, os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal (RT - 764/504). E aqui, observados os postulados da Lei nº 12.403/2011, vê-se que o caso se mostra abarcado pelo §6º do artigo 282, pelo artigo 283, caput, pelo artigo 312, caput, e pelo artigo 313, inciso I, todos do Código de Processo Penal, NÃO estando incluído na descrição do artigo 321, também do estatuto processual penal, todos com a redação da lei citada. No caso, obviamente, as medidas cautelares diversas da prisão se mostram insuficientes e inadequadas para garantir a ordem pública, conveniência da instrução e a aplicação da pena; sua eventual aplicação aqui constituiria em autêntico estímulo à prática de crimes desse jaez. De mais a mais, pelas cópias juntadas, a prisão encontra-se fundada no quadro fático, que demonstra, de forma concreta, a existência da materialidade delitiva e dos indícios suficientes de autoria. Nesse passo, de acordo com as informações trazidas aos autos, verifica-se que no Juízo a quo, na confirmação do flagrante, a zelosa Magistrada, já em observância à referida legislação, com percuciência decidiu pela conversão do flagrante em prisão preventiva, mediante a devida e correta motivação, contrariamente ao alegado na inicial do writ, s.m.j. (cf. fls. 34/38).

Crimes como o imputado ao paciente colocam em constante desassossego a sociedade, contribuindo para instabilizar as relações de convivência social, estando, pois, presente o motivo da garantia da ordem pública, autorizador da manutenção da prisão cautelar. Agora, se Rafael será considerado culpado ou inocente pelo delito que lhe é imputado, isso só ocorrerá após a produção probatória, na prolação da sentença. E a custódia preventiva é necessária e imprescindível, ainda que o agente acusado de tal prática delituosa seja primário, tenha residência fixa e ocupação lícita, segundo reiterados julgados de nossos tribunais. Nesse ponto, no Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em caso semelhante ao ora apreciado, ficou decidido que, “a prisão processual pode ser decretada sempre que necessária, e mesmo por cautela, não caracterizando afronta ao princípio constitucional da inocência, se devidamente motivada. Condições pessoais favoráveis do réu - como residência fixa e ocupação lícita, por exemplo - não são garantidoras de eventual direito à liberdade provisória, se a manutenção da prisão é recomendada por outros elementos dos autos” (STJ, HC nº 18.695/SP, 5ª Turma, j. em 05.03.2002, Rei. o Min. GILSON DIPP, publ. no DJ de 08.04.2002, pág. 248). No mesmo sentido: STJ, RHC nº 12.854/RS, 5ª Turma, j. em 21.11.2002, Rei. o Min. GILSON DIPP, publ. no DJ de 03.02.2003,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pág. 317; RJTDACRIMSP - 36/448, 2/198.

Ad argumentandum, é sabido que só a prisão em estado flagrancial não é suficiente para que o autuado fique encarcerado até seu julgamento, ou até que outra causa pertinente o liberte, pois como elucidado pelo magistério de E. MAGALHÃES NORONHA, “a captura do indiciado não importa necessariamente seu recolhimento ou custódia. Com efeito, ouvidos o condutor, as testemunhas, o capturado, o ofendido, e lavrado o auto, havendo fundadas suspeitas contra o conduzido, a autoridade atuante mandará recolhê-lo à prisão”. (“Curso de Direito Processual Penal”, Ed. Saraiva, 24ª edição, atualizada, 1996, pág. 168). Assim, sendo esse o caso deste writ pelo que se depreende das cópias e informações trazidas aos autos, não se entrevê nenhuma nulidade ou falta de motivação, na manutenção da prisão do paciente, data venia. Salienta-se que o auto flagrancial seguiu a legislação pertinente (cf. fls. 07/26); e a ação penal está em início de curso (cf. fls. 58/59 e 68/69).

Ressalta-se, novamente, que a concessão de liberdade provisória era insuscetível de concessão àqueles que se acham acusados da prática do crime de tráfico de entorpecentes. Nesse ponto, havia proibição legal à concessão da benesse (Lei nº 8.072/90); todavia, com a edição da Lei nº 11.464/07, a liberdade provisória passou a ser permitida, em alteração introduzida por esta nova lei à dos “Crimes Hediondos”, estabelecendo que tais delitos são insuscetíveis apenas de anistia, graça, indulto e fiança (nova redação do inciso II do artigo 2º da Lei nº 8.072/90). Mas tal norma legal não pode, como não pôde, ser aplicada neste caso, considerando-se suas peculiaridades. Realmente, não havia, como não há, a possibilidade de se deferir a liberdade ao paciente, pois, o flagrante e os indícios de que se trata de acusado traficante de entorpecentes a impedem. O delito é de natureza reconhecidamente gravíssima, que exige rigor na apuração e que necessita da segregação provisória do agente, de acordo com a realidade de nossos dias, marcados pela crescente escalada da criminalidade violenta fomentada pela prática dos crimes em apreço, impendendo que se trate com maior rigor aqueles que o praticam, que induzem pessoas ao nefasto vício do consumo de substâncias entorpecentes; e ressalta-se, aqui, que não se trata de imposição legal à concessão do benefício, repisa-se. A custódia preventiva é necessária e imprescindível, ainda que o agente acusado de tal prática delituosa seja primário, tenha residência fixa e ocupação lícita, como acima já salientado. No presente caso, a conduta do paciente, bem narrada nos autos, é por demais indicativa de sua periculosidade. Tal fato, por si só, é de plano autorizador da custódia cautelar, para a garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal. A ocorrência de crimes como esse ostenta números expressivos e crescentes, o que vem amedrontando as pessoas, principalmente pais que vêem seus filhos à mercê da aproximação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sub-reptícia de inescrupulosos mercadores de drogas ilícitas. As notícias desse tipo de infração penal e a ineficiência das medidas e políticas estatais para reduzir e controlar a criminalidade exigem do Judiciário uma postura mais compromissada com a realidade. A concessão de liberdade provisória ou revogação da prisão preventiva, nesses casos, coloca em risco a segurança da sociedade e do cidadão de bem. Assim, impossível a concessão de tais benefícios.

Como se vê, salienta-se, novamente, trata-se da apuração de crime de natureza grave, mostrando-se indispensável a manutenção da prisão processual, nos termos dos artigos 311 e 312, ambos do estatuto processual penal, ainda que observada a Lei nº 12.403/11. relembremos. A pretensão deduzida na inicial fica rejeitada.

Nota-se que as decisões não apresentam fundamentos idôneos para justificar a segregação cautelar excepcional. O acórdão é absolutamente genérico, nem sequer mencionando o caso específico ou mesmo a quantidade de drogas encontradas com o paciente, de modo que seus termos seriam aplicáveis indistintamente a quaisquer acusados de semelhante delito.

Já a decisão de primeiro grau destaca a quantidade de drogas apreendidas, a qual, embora não seja ínfima, não pode ser considerada expressiva a ponto de, por si só, justificar a prisão. O paciente foi flagrado com 18 invólucros de maconha (60,3g) e 20 de cocaína (11,7g).

Ademais, destacou a ausência de vínculo com o local da culpa e a possível existência de processo em seu desfavor no Estado da Bahia.

A ausência de indicação de endereço fixo ou de atividade remunerada por ocasião da ausência de custódia não é suficiente para levar à conclusão de que o paciente vá se evadir e que, portanto, a prisão é necessária para assegurar a aplicação da lei penal.

Por outro lado, a notícia de eventual precedente em outro Estado não restou confirmada nos autos, conforme se extrai da certidão de e-STJ fl. 35 e pelo parecer do Ministério Público Estadual, que apontou a primariedade do paciente (e-STJ fl. 84).

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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: 2019/0229606-7

HC 525.244 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15161562320198260228 20190000608690 21552018720198260000 21958632019

EM MESA

JULGADO: 20/08/2019

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	: FERNANDA CACCAVALI MACEDO GAMA - SP199563 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: RAFAEL OLIVEIRA GOMES (PRESO)
INTERES.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.