



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 86.812 - SP (2017/0166608-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE : G N H (PRESO)
ADVOGADO : GABRIEL FERNANDO GONÇALVES E OUTRO(S) - SP377275
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. 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. RISCO À INSTRUÇÃO CRIMINAL. MERA CONJECTURA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. RECURSO PROVIDO.

1. 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.

2. Caso em que o decreto que impôs a prisão preventiva ao recorrente não apresentou motivação concreta, apta a justificar a segregação cautelar, tendo-se valido de afirmação genérica e abstrata sobre a gravidade do delito, decorrente do *quantum* da pena em abstrato, deixando, contudo, de indicar elementos concretos e individualizados que evidenciassem a necessidade da rigorosa providência cautelar.

3. Condições subjetivas favoráveis ao paciente, conquanto não sejam garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando não for demonstrada a real indispensabilidade da medida constritiva, máxime diante das peculiaridades do caso concreto, em que nem no decreto preventivo, nem no acórdão atacado, houve ao menos menção à não irrelevante quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos (9 porções de maconha com peso total de 57g e 271 porções de *crack* pesando 69g), evidenciando tratarem-se de decisões padronizadas, cabíveis em qualquer hipótese de prisão pelo delito em tela.

4. Recurso provido para determinar a soltura do recorrente, sob a imposição das medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319, incisos I e IV, do Código de Processo Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, dar provimento ao recurso, 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), 26 de setembro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 86.812 - SP (2017/0166608-1)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

RECORRENTE : G N H (PRESO)

ADVOGADO : GABRIEL FERNANDO GONÇALVES E OUTRO(S) - SP377275

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

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

Trata-se de recurso em *habeas corpus* interposto por G. N. H. contra acórdão da 14ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC nº 2047625-06.2017.8.26.0000).

Extraí-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante, em 15/12/2016, pela suposta prática dos delitos tipificados nos arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/06, tendo a prisão sido convertida em preventiva.

Contra a decisão, a defesa impetrou a ordem originária, que foi denegada pelo Tribunal *a quo* (e-STJ fls. 56/65).

No presente recurso, a defesa alega que não estão presentes os requisitos autorizadores da segregação preventiva. Ressalta que o paciente é primário e o crime sem violência ou grave ameaça, de modo que, se acaso condenado, será aplicada a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, com fixação do regime inicialmente aberto ou substituição da pena por restritivas de direitos.

Destaca que não há vedação à concessão da liberdade provisória aos acusados do crime de tráfico.

Requer, assim, a revogação da prisão do paciente, se for o caso com aplicação de medidas cautelares do art. 319 do Código de Processo Penal.

Contrarrazões às e-STJ fls. 87/96.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso (e-STJ fls. 107/108).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 86.812 - SP (2017/0166608-1)

VOTO

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

Busca-se, em síntese, neste recurso em *habeas corpus*, a revogação da prisão cautelar do recorrente, alegando-se ausência de fundamentos e desproporção em relação à eventual pena a ser aplicada.

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.

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

25/8/2015 e STJ, HC n. 296.543/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 2/10/2014, DJe 13/10/2014.

Segundo consta, a prisão em flagrante foi convertida em preventiva pelos seguintes fundamentos (e-STJ fls. 41/42):

Uma vez presente a hipótese de flagrante delito, estando o auto formalmente em ordem, e não vislumbrando qualquer ilegalidade evidente na constrição ordenada, não há razões para se determinar o relaxamento da prisão. No mérito, a prisão em flagrante deve ser convertida em prisão preventiva no presente caso. nos termos do artigo 310. II. do Código de Processo Penal, já que as medidas cautelares diversas da prisão são inadequadas e insuficientes no caso ora deblaterado. Presentes os requisitos da prisão preventiva, reputo presente o periculum liberlatis para a manutenção da prisão, já que necessária para garantia da ordem pública: por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação la Lei Penal. Além disso, os autuados foram presos em flagrante delito, havendo sérios indícios de autoria e materialidade delitiva. Sem contar que o tráfico de drogas é delito que fomenta a prática de inúmeros outros crimes, causando profunda mácula no tecido social, não sendo recomendável, pois, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, já que insuficientes à repressão de tal espécie de infração penal. Ante o exposto e considerando tudo o mais que consta dos autos, estando presentes os requisitos para a prisão cautelar, conforme o disposto nos artigos 310, II e 312, ambos do Código de Processo Penal, CONVERTO EM PRISÃO PREVENTIVA a prisão em flagrante dos autuados Hugo Naline Henrique e Guilherme Nalini Herique, qualificados nos autos.

Disse o Tribunal impetrado, ao denegar a ordem (e-STJ fls. 56/65):

Insta elucidar que, a prisão em flagrante, in casu, é legítima e regular, sendo certo que o paciente agora, encontra-se preso em decorrência da decretação da prisão preventiva e o auto de prisão em flagrante não padece de vício algum, porquanto atendeu as formalidades legais.

Ademais, a decisão proferida pela autoridade coatora restou devidamente fundamentada, pois levou em consideração o ato grave cometido pelo paciente, não havendo que se falar em nulidade.

É certo que, com a edição da Lei 11.464/2007, suprimiu-se a proibição à concessão de liberdade provisória para os crimes hediondos ou equiparados, autorizando ao magistrado deferir tal benefício quando não estiverem presentes os requisitos para a prisão preventiva.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Entretanto in casu, observo que o Juízo monocrático demonstrou a necessidade da manutenção da custódia cautelar, mormente para garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal cumprindo assim o disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, e artigos 312 e 315, do Código de Processo Penal.

Não se desconhece que o Plenário do Supremo declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da concessão de liberdade provisória para crimes hediondos e equiparados. Entretanto, por tratar-se de decisão de caráter incidental, não possui efeito vinculante ou erga omnes, limitando-se, portanto, ao caso concreto.

Confira-se, a respeito do tema, como bem salientou o Desembargador Nuevo Campos, nos autos do habeas corpus nº 2024473-1.2014.8.26.0000:

"Quanto à vedação legal à concessão do benefício da liberdade provisória, importa considerar que a declaração da inconstitucionalidade do art. 44, da Lei 11.343/06, ocorreu em sede de controle difuso e, ademais, no presente caso estão presentes os requisitos da prisão cautelar."

Como é sabido, o juiz na condução do processo, sendo autoridade imediata e mais próxima dos fatos, é quem melhor pode avaliar a conveniência e necessidade da prisão cautelar, consoante orientação do Excelso Pretório, cuja revogação "somente é possível em face de erro manifesto de arbitrariedade ou de abuso, que importem em inequívoco desconcerto legal e refruente violação às garantias individuais" (RT 490/310).

Conquanto a gravidade do delito de per si não justifique a manutenção da prisão preventiva, a constrição revela-se necessária à garantia da ordem pública, que não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça, sendo preciso o resguardo dos interesses sociais de segurança.

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

Nota-se que as decisões todas fazem referências apenas a ponderações sobre a gravidade abstrata do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, bem como relativas ao mal social decorrente de sua prática. Além disso, há menções à vedação da concessão de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade provisória aos acusados do mencionado delito, contida no art. 44 da Lei n. 11.343/06. Convém ressaltar a completa ausência de referência ao caso concreto, uma vez que nem mesmo houve menção à relevante quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos (9 porções de maconha com peso total de 57g e 271 porções de *crack* pesando 69g). Evidente, portanto, tratar-se de decisões padronizadas, cabíveis em qualquer hipótese de prisão pelo delito em tela.

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 recorrente.

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

Nesse contexto, não se mostra suficiente para a segregação cautelar *in casu*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 recorrente, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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, **dou provimento** ao recurso, para determinar a soltura do recorrente, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prejuízo de que seja decretada nova custódia, com base em fundamentação concreta, caso demonstrada sua necessidade, bem como de que sejam eventualmente fixadas outras medidas cautelares constantes do referido art. 319 pelo Juízo local.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0166608-1 **PROCESSO ELETRÔNICO** **RHC 86.812 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 003730000 20476250620178260000 2817/2016 28172016 3730000 54918920168260272
RI003WF730000

EM MESA

JULGADO: 26/09/2017
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : G N H (PRESO)
ADVOGADO : GABRIEL FERNANDO GONÇALVES E OUTRO(S) - SP377275
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : H N H

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, deu provimento ao recurso, 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.