



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 451.885 - SP (2018/0125906-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **VICTOR HUGO ANUVALE RODRIGUES**
ADVOGADO : **VICTOR HUGO ANUVALE RODRIGUES - SP331639**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **HIAGO SOUZA DOS REIS (PRESO)**

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. MÉRITO. ANÁLISE DE OFÍCIO. PRISÃO CAUTELAR. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. POUCA QUANTIDADE DE DROGAS. PETRECHO. PRIMARIEDADE. MEDIDAS CAUTELARES. PROPORCIONALIDADE E ADEQUAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter 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.

3. A necessidade de garantia da ordem pública e a gravidade abstrata do delito, dissociadas de elementos individualizados que indiquem a necessidade da rigorosa providência cautelar, não constituem fundamentação idônea para justificar a medida extrema, especialmente diante das circunstâncias do flagrante (a polícia investigava o furto de um gado e, durante a diligência, apreendeu, na residência do paciente, um cigarro de maconha - pesando 2,8g, uma "bituca", eppendorfs vazios e duas balanças de precisão). A existência de passagens criminais na menoridade também não justifica, nesse caso concreto, a manutenção da prisão preventiva pela prática, em tese, de tráfico de drogas, tendo em vista a quantidade de substância entorpecente apreendida (2,8g de maconha) e o fato do paciente ser tecnicamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

primário. Constrangimento ilegal configurado.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para substituir a prisão preventiva do paciente pelas medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319, incisos I, IV e V, do Código de Processo Penal, cuja regulamentação será feita pelo Juízo local, sem prejuízo da fixação de outras medidas cautelares ou da decretação de nova prisão, desde que devidamente fundamentada.

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), 25 de setembro de 2018(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Presidente e Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 451.885 - SP (2018/0125906-3)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : VICTOR HUGO ANUVALE RODRIGUES
ADVOGADO : VICTOR HUGO ANUVALE RODRIGUES - SP331639
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HIAGO SOUZA DOS REIS (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de HIAGO SOUZA DOS REIS, contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a ordem no julgamento do HC n. 2086647-37.2018.8.26.0000.

O paciente foi preso em flagrante em 23 de abril de 2018 (e convertida a custódia em preventiva - e-STJ fls. 28/31) pela suposta infringência ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 porque teria em depósito um *cigarro de maconha e uma porção da mesma substância (peso líquido de 2,8 gramas) e 02 eppendorfs vazios; na cozinha, 02 balanças de precisão; no carro do paciente, uma sacola plástica contendo grande quantidade de eppendorfs e uma “bituca” de cigarro de maconha* (e-STJ fl. 23).

Nas razões do presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/20), a defesa suscita a nulidade das decisões que decretaram/mantiveram a prisão preventiva do paciente, por fundamentação inidônea (gravidade abstrata do delito), sem apontar elemento concreto que justificasse a necessidade da medida extrema. Reforça que a quantidade de substância entorpecente apreendida é ínfima e que a autoridade policial esteve na residência do paciente para apurar suspeita de furto de gado (o que ele confessou ter praticado), mas, em relação ao entorpecente, afirma que o paciente é mero usuário e não há indícios de traficância.

Defende haver constrangimento ilegal na manutenção da custódia cautelar, tendo em vista a ausência dos pressupostos legais autorizadores previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, inclusive porque o paciente é primário, menor de 21 anos, com residência e trabalho fixos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Invoca a violação do princípio da proporcionalidade para amparar o seu pleito, tendo em vista que, em caso de eventual condenação, o paciente fará jus a regime prisional menos gravoso do que o regime fechado, se não houver desclassificação para o crime do art. 28 da Lei de Drogas.

Pugna, liminarmente e no mérito, pela concessão de liberdade provisória do paciente, ou pela revogação da prisão preventiva ou, ainda, pela imposição de medidas cautelares diversas da prisão.

Indeferido o pedido liminar (e-STJ fls. 60/62) e prestadas as informações (e-STJ fls. 66/68), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento e, no mérito, pela denegação da ordem (e-STJ fls. 71/79).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 451.885 - SP (2018/0125906-3)

VOTO

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

O presente *habeas corpus* não merece ser conhecido por ausência de regularidade formal, qual seja, a adequação 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, os precedentes: STF, HC 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014; STJ, HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015; STJ, HC 276.809/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, Quinta Turma, julgado em 6/5/2014, DJe 12/5/2014.

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.

A questão jurídica limita-se a verificar a legalidade da prisão preventiva do paciente pela prática, em tese, do crime 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(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, que assim dispõe:

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.

Quanto aos pressupostos/requisitos da prisão preventiva, colhem-se estas lições do Professor Guilherme de Souza Nucci:

*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.*

***[A conveniência da instrução processual]** é motivo resultante da garantia da existência do devido processo legal, no seu aspecto procedimental. A conveniência de todo processo é realização da instrução criminal de maneira lisa, equilibrada e imparcial, na busca da verdade real, interesse maior não somente da acusação, mas, sobretudo, do réu. Diante disso, abalos provocados pela atuação do acusado, [...] a fuga deliberada do local do crime, [...] dentre outras.*

***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.*

(NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2014, p. 699, 708 e 710).

Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a prisão cautelar 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 pelo Supremo Tribunal Federal.

Na hipótese, o Juízo de primeiro grau decretou a segregação cautelar do paciente com espeque nos seguintes fundamentos (e-STJ fls. 29/31):

[...]

Pelo(a) MM. Juiz(a) foi dito: "Cuida-se de prisão em flagrante por infração aos artigos 33, caput, da Lei nº 11.343/06. O autuado foi ouvido nesta data, seguindo-se a manifestação do Ministério Público pela conversão da prisão em flagrante em preventiva e manifestação da Defesa pela concessão de liberdade provisória. Diante disso, passo à análise do auto de prisão, nos termos do art. 310 do Código de Processo Penal. Da sua leitura vislumbro que foram observadas pela D. Autoridade Policial as cautelas dos artigos 304 e 306 do Código de Processo Penal, ausente qualquer hipótese que possa autorizar o relaxamento da prisão em flagrante. Não houve relato por parte do autuado acerca de maus tratos ou agressões praticadas pelos agentes policiais responsáveis pela prisão. Dos depoimentos colhidos e do auto de prisão não se constata, por ora, razão bastante para se alterar juridicamente o convencimento externado pela D. Autoridade Policial. Cuidando-se de crime equiparado a hediondo, inviável a concessão de fiança, nos termos do art. 323, II, do Código de Processo Penal. Em síntese, informam os milicianos que receberam informações sobre o furto de um animal bovino na cidade de Rinópolis, com fundadas suspeitas do envolvimento do autuado Hiago Souza dos Reis. Ao chegarem à residência, indagaram o autuado sobre o furto do animal, ao que o autuado confessou a prática deste delito.

Efetuada a busca no imóvel, para a constatação de demais objetos de procedência ilícita, foi encontrada na varanda da residência uma porção de maconha e um cigarro da mesma substância (peso líquido 2,8 gramas - fls. 10/11), além de 2 (dois) eppendorfs vazios, utilizados para acondicionamento de drogas. Na cozinha, foram encontradas duas balanças digitais de precisão. No carro do autuado foi encontrada uma sacola plástica contendo grande quantidade de eppendorfs, bem como uma "bituca" de cigarro de maconha. Cópias dos laudos periciais de constatação prévia devidamente encartado nos autos (fls. 10/11). As evidências sugerem fortemente para o envolvimento do autuado com o tráfico de drogas. De fato, como bem delineado pela D. Autoridade Policial, no despacho que motivou a prisão em flagrante, já havia diversas denúncias do envolvimento do autuado com o tráfico de drogas, sendo que em outra ocasião já havia sido cumprido mandado judicial de busca e apreensão em sua residência. Nessa ocasião foi apreendido aparelho celular onde as investigações



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apontaram a existência de diálogos e imagens que sugerem o tráfico de drogas, tudo anexado cuidadosamente aos autos pela D. Autoridade Policial. A pequena quantidade de droga apreendida sugere, a princípio, apenas uma falsa realidade. De fato, o grande número de eperdofs apreendidos, as mensagens contidas no aparelho celular, a balança de precisão apreendida sugerem que o autuado se dedica, há considerável período de tempo, ao tráfico de drogas. Por sua vez, indagado pela d. Autoridade Policial o autuado negou a prática da traficância, e esclareceu que o entorpecente encontrado era pra consumo próprio, assumindo, no entanto a prática do furto de gado. Os elementos de convicção produzidos até o presente momento demonstram comprovada a materialidade e indícios suficientes de autoria, na forma como exposto. Fortes são os indícios de que o autuado exerce, no pequeno município de Rinópolis, o comércio ilegal de drogas, a ensejar, desde agora, a garantia da ordem pública, a qual. restará ameaçada se ele, envolto nesta grave acusação, permanecer em liberdade. De fato. insta registrar que o autuado já registra passagens pelo Juízo da Infância e Juventude pela prática de diferentes atos infracionais (ao que se soma a prática do próprio delito de furto que o autuado confessou), a sugerir fortemente sua propulsão em violar as regras que regem o convívio social, mostrando-se inadequada a fixação de medidas cautelares alternativas à prisão. Finalmente, não há qualquer evidência material de que se dedique ao exercício de atividade lícita remunerada. Assim, não há qualquer excepcionalidade a justificar o afastamento da regra do artigo 44 da Lei nº 11.343/06, visto que a análise específica do caso, pautado em elementos concretos e não abstratos, indicam que a permanência do autuado em liberdade constitui forte fator de abalo à ordem pública, visto que, imerso no mundo das drogas, sem atividade lícita, encontraria facilmente condições propícias para prosseguir na mercancia ilícita, no que absolutamente incompatível a fixação de medidas cautelares alternativas à prisão em favor do autuado. Nesse sentido julgado do E. Tribunal de Justiça de São Paulo: Habeas Corpus. Tráfico de substância entorpecente. Prisão em flagrante. Insurgencia contra a manutenção da custódia cautelar. Alegações de falta de fundamentação das decisões objurgadas e de o paciente ostentar atributos pessoais favoráveis à liberdade provisória. Inadmissibilidade. Gravidade in concreto do delito motivadora da necessidade da manutenção da custódia cautelar para a garantia da ordem pública. Crime de tráfico, ademais, equiparado aos hediondos. Vedação expressa do benefício pelo artigo 44 da Lei nº 11.343/06. Norma legal essa com fundamento de validade no artigo 5º, inciso XLIII, da Carta Constitucional de 1988, definidor da inafiançabilidade do crime em questão - Declaração de inconstitucionalidade que não tem influxo sobre os casos em geral, mormente em se considerando que se deu no controle difuso, valendo apenas inter partes, enquanto não operado o mecanismo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

previsto no artigo 52, X, da CF - Não derrogação, ademais, do artigo 44 da Lei nº 11.343/06 pela Lei nº 11.464/07, mercê do princípio da especialidade - Descabimento, por inadequação, de qualquer das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011, mormente em face da norma inscrita no artigo 282, inciso II, do mesmo Código. Ordem parcialmente conhecida e denegada. (8ª Câmara de Direito Criminal, HC registrado sob nº 2013.0000169072, julgado em 14.03.2013, rei. Moreira da Silva). O recente entendimento sedimentado pelo C. STF em sede de repercussão geral no sentido de que é inconstitucional a expressão e liberdade provisória constante do caput do artigo 44 da Lei nº 11.343/06 (RE 1.038.925), não altera o convencimento externado, posto que o decreto de prisão preventiva vem pautado em indicativos concretos, extraídos do auto de prisão em flagrante, da necessidade da medida para manutenção da ordem pública. Por conta do exposto, para garantia da ordem pública, CONVERTO a prisão em flagrante de HIAGO SOUZA DOS REIS em PRISÃO PREVENTIVA.

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve a prisão preventiva do paciente destacando-se, no que interessa (e-STJ fls. 21/26), *in verbis*:

[...]

Em síntese, consta que policiais foram à residência dele em razão da acusação de furto de gado, mas, lá chegando, encontraram, na varanda, cigarro de maconha e uma porção da mesma substância (peso líquido de 2,8 gramas) e 02 eppendorfs vazios; na cozinha, 02 balanças de precisão; no carro do paciente, uma sacola plástica contendo grande quantidade de eppendorfs e uma “bituca” de cigarro de maconha. Ainda, a autoridade policial apontou existência de denúncias anteriores de seu envolvimento com o tráfico e apreensão, em outra oportunidade, de celular do paciente contendo diálogos e imagens sugestivos de traficância.

Interrogado, admitiu o furto de gado, mas não o tráfico, dizendo-se usuário de maconha e que teria ganhado os eppendorfs de terceiro e iria jogar fora (fl. 32).

Pois bem.

A quantidade da substância entorpecente apreendida é um dos critérios estabelecidos pela lei para diferenciar-se a mercancia ilícita do mero porte para uso, mas não o único, fazendo-se necessário o cotejo com os demais critérios legais (natureza da droga, local e condições da ação, circunstâncias sociais e pessoais, a conduta e os antecedentes do agente), nos termos do artigo 28, § 2º, da Lei n. 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na hipótese, sem adentrar o mérito, e nos limites que a fase permite, em que pese a diligência tenha sido motivada em razão de denúncia da prática de furto, importante mencionar que, além do entorpecente, houve apreensão de balança de precisão e grande quantidade de eppendorfs vazios.

De todo modo, o Habeas Corpus não é o meio adequado para a desclassificação da conduta imputada ao paciente, justamente por ensejar revolvimento probatório e equacionamento da conduta.

A respeito do aparelho celular dele, acessado pelos policiais, consta que se trata de apreensão em outra oportunidade, sem ligação com a presente persecução penal.

No que concerne à revogação da prisão preventiva, em que pese o argumento da incompatibilidade do artigo 44 da Lei n. 11.343/06, com as alterações promovidas pela Lei n. 11.464/07, na Lei dos Crimes Hediondos, merece registro o fato de que o sistema processual, no tocante a esses aspectos, é absolutamente contraditório. Crimes mais leves são afiançáveis, enquanto que os mais graves não, todavia, nestes o juiz pode conceder a liberdade sem o pagamento de qualquer quantia. Mas, independentemente da infração, a liberdade sem fiança também poderá ser concedida nos delitos afiançáveis. A partir dessas incongruências, conclui-se que o Magistrado deve pautar-se sempre pelos pressupostos da prisão preventiva.

Por outro lado, mesmo que não se admita a tese da especialidade da Lei n. 11.343/06 em relação à Lei n. 11.464/07, uma análise teleológica do ordenamento penal revela, por logicidade, que a vedação à liberdade provisória decorre do texto expresso da Constituição Federal.

De fato, o artigo 5º, inciso XLIII, da CF/88, veda, expressamente, aos acusados por crimes hediondos e equiparados, a fiança. Assim, se a Lei Maior vedou a liberdade provisória do acusado de crimes hediondos ainda quando prestasse fiança, a fortiori, vedado o mesmo benefício sem a fiança.

De todo modo, a imputação feita ao paciente indica, preservado o princípio constitucional da não culpabilidade, que ele está envolvido em fatos graves, que trazem presumida a periculosidade social, exigindo postura enérgica do Poder Público no seu enfrentamento.

Cabe salientar que condições pessoais favoráveis, como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita, não desautorizam a prisão cautelar; esta decorre das infrações em análise, não da condição pretérita do agente. Os objetivos da custódia não são afastados por tais predicados, atendendo a segregação ao imperativo de garantia da ordem pública, em cujo conceito não se visa apenas a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas acautelar o meio social e a própria credibilidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da Justiça.

Não se olvida que o tráfico ilícito de entorpecentes, dentre outros crimes igualmente sérios e graves, compõe a criminalidade organizada, que fomenta e dissemina outros crimes, dando-lhes suporte financeiro. Em razão disso, a Constituição Federal presumiu a gravidade do delito para com a ordem pública, dando clara demonstração do desejo de aplicar-lhe de forma mais severa a lei. A prisão cautelar, assim, se mostra necessária.

Não se está considerando, frise-se, a gravidade do crime em abstrato, mas os fatos atribuídos ao paciente.

Em uma análise detida do inteiro teor da decisão singular, preservada pelo acórdão impetrado, não se verifica a presença de elementos individualizados que justifiquem a necessidade da prisão preventiva do paciente, ajustados às hipóteses legais que autorizam, excepcionalmente, a restrição da liberdade.

O Juízo de primeiro grau descreveu, no decreto prisional, suposta adequação típica da conduta do paciente. Embora haja referência a suposto furto de gado (fato, em tese, confessado pelo paciente), ele foi denunciado apenas por tráfico de drogas, nos termos das informações de e-STJ fl. 66. Não se reputa, entretanto, que as circunstâncias do caso concreto (apreensão de cigarro de maconha, com 2,8g, "bituca", eppendorfs vazios e duas balanças de precisão) sejam hábeis para justificar, por si só, a necessidade da medida extrema.

O Juízo de primeiro grau consignou, ainda, no decreto prisional, que o paciente *já registra passagens pela Vara da Infância e Juventude pela prática de diferentes atos infracionais (ao que se soma a prática do próprio delito de furto que o autuado confessou), a sugerir fortemente sua propulsão em violar as regras que regem o convívio social, mostrando-se inadequada a fixação de medidas cautelares alternativas à prisão* (e-STJ fl. 30).

Embora o paciente registre passagens criminais na menoridade, ele é tecnicamente primário e as circunstâncias do presente caso concreto não indicam que a prisão preventiva seja adequada e proporcional à espécie, tendo em vista a eventual pena que lhe poderá ser imposta, em caso de suposta condenação por tráfico de drogas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No mais, o decreto prisional não apontou **dados objetivos da suposta conduta perpetrada pelo paciente**. O discurso judicial que se apresenta teórico, carente de real elemento de convicção, não justifica a prisão. As circunstâncias levantadas no decreto não são, portanto, bastantes para a segregação preventiva.

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, 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. FLAGRANTE ILEGALIDADE. AFASTAMENTO DA SÚMULA 691/STF. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DO DECRETO PRISIONAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - Embora não se admita, em princípio, a impetração de habeas corpus contra decisão que denega pedido liminar em sede de writ impetrado na origem, sob pena de se configurar indevida supressão de instância, a teor da Súmula 691/STF, uma vez evidenciada teratologia ou deficiência de fundamentação na decisão impugnada, é possível a mitigação do mencionado óbice (precedentes).

II - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal.

III - In casu, a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente, não apresenta devida fundamentação, uma vez que a simples invocação da gravidade genérica do delito, nem mesmo a quantidade de droga apreendida (0,6 g de cocaína), não se revelam suficientes para autorizar a segregação cautelar com fundamento na garantia da ordem pública (HC n. 114.661/MG/STF, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 1º/8/2014).

IV - Parecer do Ministério Público Federal pela concessão da ordem, tendo em vista a ausência de fundamentação concreta do decreto de prisão preventiva.

Habeas Corpus não conhecido.

Ordem concedida, de ofício para revogar a prisão preventiva do paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, e sem prejuízo da decretação de nova prisão, desde que concretamente fundamentada, ou de outras medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art.

319 do Código de Processo Penal.

(HC 426.208/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017, g.n.).

HABEAS CORPUS. DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. ORDEM CONCEDIDA. PRISÃO REVOGADA. RESSALVADA A POSSIBILIDADE DE QUE NOVA CUSTÓDIA VENHA A SER DECRETADA, SE APONTADAS RAZÕES CONCRETAS.

1. As instâncias ordinárias, in casu, não indicaram fatos concretos aptos a justificar a segregação cautelar do paciente, estando a decisão fundamentada apenas em conjecturas e na gravidade abstrata do tráfico de drogas, o que configura nítido constrangimento ilegal. No caso, a quantidade de droga apreendida (aproximadamente 3 kg de maconha) não constitui, por si só, elemento concreto a evidenciar a periculosidade do paciente para o fim de justificar a determinação da prisão cautelar. A jurisprudência desta Corte não admite que o Tribunal estadual agregue fundamentação, em procedimento exclusivo da defesa, para o fim de justificar a manutenção da prisão.

2. Desde 11/5/2012, após o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de parte do art.

44 da Lei n. 11.343/2006, a saber, da que proibia a concessão de liberdade provisória nos casos de tráfico de drogas, a fundamentação calcada nesse dispositivo simplesmente perdeu o respaldo. De acordo com o julgamento da Suprema Corte, a regra prevista no referido art. 44 da Lei n. 11.343/2006 é incompatível



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com o princípio constitucional da presunção de inocência e do devido processo legal, dentre outros princípios. Assim, para se manter a prisão, imprescindível seria a presença de algum dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, o que não ocorreu no caso.

3. Ordem concedida para garantir ao paciente o direito de responder ao processo em liberdade, se por outro motivo não estiver preso e ressalvada a possibilidade de haver nova decretação de prisão ou a aplicação de uma das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, caso se apresente motivo concreto para tanto. Liminar ratificada.

(HC 376.802/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017, g.n.)

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).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

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 (quantidade de drogas e possibilidade de reiteração delitiva), para garantir a ordem pública e assegurar a instrução processual, mister substituir a prisão preventiva pelas medidas cautelares insculpidas no art. 319, incisos I, IV e V, 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;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

A ordem merece, portanto, ser concedida de ofício para substituir a prisão preventiva do paciente pelas medidas cautelares retromencionadas, sem prejuízo de que sejam eventualmente fixadas outras medidas cautelares constantes no art. 319 do CPP, a critério do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Juízo local.

Registre-se, por fim, ao Juízo processante que a imposição de outras medidas cautelares não poderá representar a manutenção do paciente no cárcere (v.g., se arbitrada fiança, a liberdade não está condicionada ao seu recolhimento, consoante determina a jurisprudência prevalente desta Corte de Justiça).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Entretanto, **concedo a ordem de ofício** para **substituir** a prisão preventiva de HIAGO SOUZA DOS REIS, salvo se por outro motivo estiver preso, pelas medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319, incisos I, IV e V, do Código de Processo Penal, sem prejuízo da fixação de outras medidas cautelares, bem como da decretação de nova custódia, desde que devidamente fundamentada.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0125906-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 451.885 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00022588520188260637 20180000391377 20866473720188260000 22588520188260637

EM MESA

JULGADO: 25/09/2018

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : VICTOR HUGO ANUVALE RODRIGUES
ADVOGADO : VICTOR HUGO ANUVALE RODRIGUES - SP331639
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HIAGO SOUZA DOS REIS (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Prisão Preventiva

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.