



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.022 - SP (2015/0104562-8)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : EMERSON VILELA DA SILVA
ADVOGADO : EMERSON VILELA DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GONZALO DORNELLAS RODRIGUEZ (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO (NÃO CONHECIMENTO). TRÁFICO DE ENTORPECENTES (HIPÓTESE). CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS (INVIABILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA). PRISÃO PREVENTIVA (REQUISITOS). PROIBIÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA CONSTANTE DO ART. 44 DA LEI Nº 11.343/2006 (INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF). GRAVIDADE DOS FATOS; DESASSOSSEGO NA COMUNIDADE; DESCRÉDITO AO JUDICIÁRIO; SENSAÇÃO DE IMPUNIDADE; RISCO À PRÁTICA DE OUTROS DELITOS (MERAS CONJECTURAS). DROGA APREENDIDA (REDUZIDA QUANTIDADE). CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS (AGENTE PRIMÁRIO, DE BONS ANTECEDENTES, COM RESIDÊNCIA FIXA E TRABALHO LÍCITO). 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. A análise acerca de classificação equivocada da conduta, diante da alegação de que o paciente não seria traficante, mas mero usuário de drogas, é questão que não pode ser dirimida em sede de *habeas corpus*, por demandar o reexame aprofundado das provas a serem produzidas no curso da instrução criminal, vedado na via sumária eleita (Precedentes).

3. Caso em que o decreto que impôs a prisão preventiva ao paciente não apresentou motivação concreta, apta a justificar sua segregação, tendo se limitado a abordar, de modo abstrato, a gravidade e as consequências do crime de tráfico, como o fato de que o delito "*traz extremo desassossego na comunidade*", além de afirmar que "*a aplicação de outras medidas cautelares gerariam um verdadeiro descrédito ao Judiciário e sensação de impunidade*" e que o cárcere impediria "*que o agente, solto, continue a delinquir*", sem amparo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em dados concretos referentes ao caso vertente, mas sim em meras conjecturas.

4. O Tribunal de origem, por sua vez, valeu-se da suposta vedação genérica à concessão de liberdade provisória a acusado de tráfico ilícito de entorpecentes, embora a gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas não sirva de fundamento para 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 (Precedentes).

5. Condições subjetivas favoráveis ao recorrente, 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 o acusado foi flagrado com 2g de crack (Precedentes).

6. *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício para revogar o decreto prisional do paciente, sob a imposição das medidas cautelares previstas no artigo 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, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de outubro de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.022 - SP (2015/0104562-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : EMERSON VILELA DA SILVA
ADVOGADO : EMERSON VILELA DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GONZALO DORNELLAS RODRIGUEZ (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Foi o presente *habeas corpus* impetrado em favor de GONZALO DORNELLAS RODRIGUEZ contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que manteve a prisão cautelar decretada pelo Juízo singular. Veja-se a ementa do julgado (e-STJ fl. 155):

Habeas Corpus. Art. 33, caput, c.c. o art. 40, vi, ambos da Lei nº 11.343/06, Pretensão de revogação da prisão preventiva, impossibilidade. Presença dos requisitos necessários para manutenção da custódia cautelar. Vedação expressa no art. 44, da Lei de Drogas. Ordem denegada.

Requer o impetrante seja concedida liberdade provisória ao paciente, ao argumento de que não estão presentes os requisitos para a manutenção da prisão preventiva, uma vez que *"o único fundamento invocado seria, em tese, a gravidade do delito, que, por ser equiparado aos hediondos, necessitaria da custódia cautelar, para a garantia da ordem pública"* (e-STJ fl. 11). Alega, ainda, que *"o paciente, simples usuário de drogas com tratamento junto ao CAPS, não representa perigo a sociedade, a instrução processual ou a aplicação da lei, não se autorizando a manutenção da prisão em tela"* (e-STJ fl. 02). Pleiteia, portanto, seja oportunizado ao paciente o cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão preventiva, de acordo com o proposto no art. 319 do CPP.

O pleito urgente foi indeferido (e-STJ fls. 165/167).

Opinou o Ministério Público Federal pela denegação da ordem (e-STJ fls.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

179/184).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.022 - SP (2015/0104562-8)

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.

Cuida-se de caso em que GONZALO DORNELLAS RODRIGUEZ foi surpreendido, no dia 31/1/2015, quinze dias após completar 18 anos, em conjunto com Adriano Gabriel da Rocha, com 17 anos, portando 2 gramas de crack, divididos em 8 invólucros, R\$ 60,00 em dinheiro e um aparelho celular.

Em primeiro lugar, sustenta o *mandamus* que o paciente seria um simples usuário de drogas, não um traficante, conforme, inclusive, a declaração de e-STJ fl. 65, que demonstra o tratamento médico na Unidade de Saúde da Prefeitura de Ubatuba/SP.

Todavia, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a realização da pretendida desclassificação da conduta delitiva, do crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006 para o delito tipificado no art. 28 da mesma norma, dada a impossibilidade de se proceder à análise do parâmetro probatório, pela via estreita do *habeas corpus*. Ademais, tratar-se-ia de uma indevida substituição à instância ordinária, soberana no conhecimento dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atos e no julgamento da lide. Nesse sentido:

[...] *TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/06. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. 1. A análise dos pedidos de absolvição ou de desclassificação da conduta de tráfico de substância entorpecente para o delito de uso, mostra-se incabível, por demandar o necessário cotejo fático-probatório, inviável na via estreita do remédio constitucional. [...] (HC-304.647/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 24/3/2015, DJ 6/4/2015)*

[...] *2. Não há como conhecer do pedido de desclassificação do crime de tráfico para uso de entorpecentes, pois, ao que se tem, as instâncias ordinárias, soberanas na análise do conjunto fático-probatório, entenderam estarem comprovadas a materialidade e autoria do delito de tráfico. Portanto, não se mostra possível modificar o que ficou estabelecido sem que se faça necessário um amplo e aprofundado reexame do acervo probatório, procedimento vedado na via estreita do habeas corpus, remédio constitucional caracterizado pelo rito célere e cognição sumária. [...] (HC-289.357/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, j. em 20/5/2014, DJe 28/5/2014)*

Cumpra-se verificar, pois, se o cárcere preventivo foi decretado em afronta aos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, como aduz o presente writ.

Comunicado acerca do flagrante, o Juízo da Vara de Plantão da Comarca de Caraguatatuba/SP converteu a prisão de GONZALO em preventiva, em decisão de seguintes termos (e-STJ fls. 57/59):

[...] *As circunstâncias em que foi o acusado abordado, bem como a considerável quantidade de droga e a maneira de acondicionamento, própria para mercancia, indica que o indiciado faz do tráfico de drogas um meio de vida, de modo que se posto em liberdade, a ordem pública ficará ameaçada.*

Também é sabido que o tráfico de drogas é propulsor de outros tantos delitos, e traz extremo desassossego na comunidade. Presentes, portanto, os fundamentos ensejadores da custódia cautelar, nos termos do art. 312, caput, do CPP.

Com efeito, a prisão cautelar tem por escopo impedir que o agente, solto, continue a delinquir, além de acautelar o meio social, garantindo a credibilidade da justiça, em crimes como o presente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que provocam um sentimento de receio na população, assustada com o intenso comércio de drogas.

Desde que a permanência do indiciado em liberdade possa dar motivo à repercussão danosa no meio social ou comprometer a colheita da prova, cabe ao Juiz, preventivamente, manter a custódia como garantia da ordem pública, constituindo em verdadeira medida de segurança.

E, então, caso de converter-se a prisão em flagrante em prisão preventiva (art. 310, II, do CPP), eis que sua segregação se apresenta necessária.

[...] Justifica-se a imposição de medidas cautelares ao indiciado para garantir a instrução criminal em face da natureza do delito e da periculosidade do agente, ínsita em sua conduta de comercializar substância entorpecente, bem como para evitar a fuga do distrito da culpa, recordando-se que primariedade, bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita, por si sós, não eram e continuam não sendo, elementos suficientes a autorizarem o desencarceramento.

Então, in casu, as medidas cautelares são uma garantia do próprio prestígio e segurança da atividade jurisdicional. Demais disso, é preciso que a Justiça encontre resposta legal, pronta e eficaz, para evitar que se propague a criminalidade desta natureza, de grande incidência neste litoral norte paulistano.

Benesses inadequadas ou favores não merecidos, considerando a infração penal, fazem aumentar ainda mais o devastador e desolador quadro de violência que atravessamos em nossos dias, recheado de desrespeito às decisões judiciais e desconsideração com a sociedade.

Pensar de forma contrária é permitir o acinte, o deboche ofensivo da ordem pública que poderá representar a concessão de benefícios alternativos à segregação a um acusado por tráfico, sem uma segura e concreta fiscalização do cumprimento, ridicularizando a lei penal e o prestígio das decisões judiciais, tratamento diferenciado não condizente com o ordenamento.

A aplicação de outras medidas cautelares, por ora, gerariam um verdadeiro descrédito ao Poder Judiciário e sensação de impunidade.

Por fim, na esteira dos arts. 282, II e § 6º, do CPP, entendo que frente ao crime narrado nos autos, a prisão preventiva se mostra necessária, porque, em avaliação judicial concreta e razoável, devidamente motivada, outras, no caso em testilha, consideram-se insuficientes para produzir o mesmo resultado prático.

*Posto isto, na esteira da manifestação ministerial de fls. *, com fundamento no art. 310, II, do Código de Processo Penal,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONVERTO a prisão flagrancial de GONZALO DORNELLAS RODRIGUES, qualificado nos autos, cm prisão preventiva, vedando-lhe a substituição por outra medida cautelar (art. 319), pelas razões acima alvitradas. (Grifei).

Irresignada com o decreto prisional, a defesa impetrou *habeas corpus* no Tribunal estadual, que denegou a ordem, desta forma (e-STJ fls. 156/160).

[...] Prima fatie, não vislumbro qualquer irregularidade no Auto de Prisão em Flagrante que possa ser reconhecida neste feito e que justifique o relaxamento da prisão do paciente, tendo-se em vista, ademais, já ter havido a conversão da prisão cm flagrante em preventiva.

Pois bem.

Diante das informações constantes nos autos, há indícios de autoria e prova da materialidade delitiva. Por outra parte, a manutenção da prisão cautelar está devidamente fundamentada e em conformidade com os artigos 310, 312 e 313, todos do Código de Processo Penal.

[...] Além disso, mesmo com o advento da Lei nº 12.403/11, o réu não faz jus à liberdade provisória, com base no art. 44, da Lei nº 11.343/06, que veda expressamente a aludida benesse ao acusado por tráfico de drogas.

Anoto, por oportuno, que os crimes que envolvem tráfico de entorpecentes intranquilizam a população e causam problemas gravíssimos ao bom convívio familiar. O bom filho torna-se rebelde, desrespeitador, violento, furta dos próprios pais e não raramente pratica agressões contra eles, violência esta que não pode ser tolerada, tudo para obtenção da droga. Acaba se transformando em traficante para sustentar o vício. A tranquilidade da família desaparece e em seu lugar passa a reinar o que há de pior, causando problemas de seriedade incontestável.

Em razão do acima exposto, pergunto: Quantas famílias estariam sujeitas a esse martírio, ao desmoronamento total, considerando o tráfico em questão, ao que tudo indica, praticado pelo paciente? Por certo seriam dezenas de famílias sujeitas às graves consequências do ilícito de que cuidamos.

O Poder Judiciário tem o poder-dever - incontestável obrigação a meu ver - de impedir que isso ocorra, preservando-se, na medida do possível, o bem-estar das famílias e da comunidade em geral, de vez que estaremos, em tese, evitando até mesmo roubos e latrocínios, considerando que os traficantes partem para o caminho desses, dentre outros, delitos, a fim de obterem o necessário para aquisição das drogas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De fato, a manutenção de sua prisão é necessária para garantia da ordem pública e ainda para aplicação da lei penal, bem como se mostra conveniente para a instrução processual.

Além disso, a declaração de inconstitucionalidade foi lançada no HC 97.256 pelo Supremo Tribunal Federal de forma incidental. Portanto, não vincula os tribunais inferiores, além de o julgamento ter ocorrido por maioria apertada.

[...] Outrossim, não há se falar em violação ao princípio da presunção de inocência, pois a Carta Magna não veda, com referido princípio, a decretação da prisão preventiva, se preenchidos os requisitos legais. O Estado detém os meios processuais para garantir a ordem pública, ainda que em detrimento da liberdade do cidadão.

[...] Ademais, mesmo que fosse o caso, a primariedade, emprego e residência fixa não impedem a decretação da prisão preventiva, quando presentes os requisitos legais. Neste teor é a jurisprudência dominante: [...]

Concluo, portanto, que a digna autoridade impetrada agiu em perfeita conformidade com a lei, não vislumbrando qualquer ato que justifique a concessão da liberdade provisória, nem a substituição da prisão por outras medidas cautelares. (Grifei).

Ora, é da jurisprudência pátria a 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.

Note-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).

Quer-me parecer, no entanto, de nenhuma sustentabilidade os fundamentos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

locais para a preventiva.

Inicialmente, quando, genericamente, se fundamentou o decreto de prisão, considerou-se que o acusado foi abordado com "*considerável quantidade de droga*" (e-STJ fl. 58).

Não se pode sustentar, entretanto, que **2 gramas** de crack (e-STJ fls. 138) sejam uma expressiva quantidade, a mostrar-se, pura e simplesmente, necessária a custódia cautelar.

Em casos semelhantes, já tratei como grande a quantidade de substância entorpecente, quando me deparei, por exemplo, com 476kg de maconha (HC-321.372/SC, DJ de 12/8/2015).

Também considerei capaz de justificar o cárcere provisório, quando a variedade de droga apreendida era tamanha – 251 sacolés e 112 cápsulas de cocaína, 182 sacolés de zirre (ou seja, maconha com crack), 182 pedras de crack, 343 sacolés de maconha pronta para venda, um invólucro de maconha prensada e bruta, e 90 sacolés de cocaína (HC-325.711/RJ, julgamento em 25/8/2015).

Tratam-se de situações bem diferentes do caso presente, contudo.

Em seguida, entendeu o decreto preventivo que a liberdade do acusado conspirava contra a ordem pública, na medida em que "o tráfico de drogas é propulsor de outros tantos delitos, e traz extremo desassossego na comunidade", bem como que "a aplicação de outras medidas cautelares, por ora, gerariam um verdadeiro descrédito ao Poder Judiciário e sensação de impunidade".

Nesse aspecto, expressões como "*desassossego na comunidade*" e "*sensação de impunidade*" não justificam a prisão recaída sobre o recorrente, porque se tratam de meras presunções.

A propósito, para a preservação da ordem pública e para cessar a sensação de impunidade, outros meios existem, evidentemente, não se tratando o cárcere de meio único.

O discurso judicial que se apresenta puramente teórico, carente de real



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elemento de convicção não justifica a prisão.

Da mesma forma, a decisão justificou o cárcere provisório para "impedir que o agente, solto, continue a delinquir", ou para não "comprometer a colheita da prova", ou "para evitar a [sua] fuga do distrito da culpa", sem o menor amparo em dados concretos que o justifiquem.

Não é crível presumir que o paciente, em liberdade, represente risco à ordem pública. *"Não havendo elementos hábeis e específicos a justificar a custódia, resta configurada ilegalidade na decretação da preventiva, tendo em vista que a fundamentação baseada genericamente na garantia da ordem pública não encontra amparo na jurisprudência desta Corte, mormente considerando a quantidade da droga apreendida (16 cápsulas tipo eppendorf , contendo cocaína, com peso líquido de 4,29g)"* (HC-325.851/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, Quinta Turma, j. em 4/8/2015, DJ de 17/8/2015).

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.

Afirmações genéricas e abstratas de gravidade do delito e de clamor social não são bastantes para justificar a custódia preventiva. Mais ainda quando o paciente guarda condições pessoais favoráveis, como primariedade, bons antecedentes, trabalho lícito e residência fixa.

Outra não é a orientação deste Superior Tribunal; veja-se:

[...] 4. No caso, a segregação antecipada mostra-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desproporcional, revelando-se devida e suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas, dada a apreensão de reduzida quantidade de estupefaciente, a demonstrar que não se trata de tráfico de grande proporção, e às condições pessoais do agente, primário, com residência fixa, ocupação lícita e que frequenta curso universitário.

5. Condições pessoais favoráveis, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando demonstrada a possibilidade de substituição da prisão por cautelares diversas, adequadas e suficientes aos fins a que se propõem.

6. Habeas corpus não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, para revogar a custódia preventiva da paciente, mediante a imposição das medidas alternativas à prisão previstas no art. 319, I, IV e V, do Código de Processo Penal, expedindo-se alvará de soltura em seu favor, salvo se por outro motivo estiver preso. (HC-318.813/SP, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo, Quinta Turma, j. em 16/6/2015, DJ de 3/8/2015)

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETO CONSTRITIVO CARENTE DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE.

[...] 2. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a prisão cautelar, por constituir medida de caráter excepcional, somente deve ser imposta, ou mantida, quando demonstrada concretamente a sua necessidade, não bastando a mera alusão genérica à gravidade do delito.

3. A decisão que decretou a prisão preventiva do paciente não apresentou motivação concreta apta a justificar a sua segregação, tendo se limitado a abordar, de modo abstrato, a gravidade e as consequências do crime de tráfico, maxime diante das peculiaridades do caso concreto - quantidade e a natureza da droga apreendida (100,15 gramas de maconha).

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício. (HC-313.240/MG, Rel. Min. Gurgel de Faria, Quinta Turma, j. em 26/5/2015, DJ de 8/6/2015)

[...] III - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu jus libertatis antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal.

IV - No caso, o decreto que impôs a prisão preventiva ao paciente, flagrado com aproximadamente 6g de cocaína e R\$ 156,00, não apresenta a devida fundamentação, uma vez que a simples invocação da gravidade genérica do delito não constitui fundamento suficiente para autorizar a segregação cautelar com fundamento na garantia da ordem pública (Precedentes).

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício 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 outras medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. (HC-317.889/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 12/5/2015, DJ de 18/5/2015)

O Tribunal local, por sua vez, considerou que é vedada a concessão de liberdade provisória a acusado de tráfico de entorpecentes.

Todavia, 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.

É certo, portanto, que a gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas não serve de fundamento para a negativa do benefício da liberdade provisória, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade suso mencionada.

A propósito, assim constou do Informativo/STF nº 665, de 7 a 11 de maio de 2012:

O Plenário, por maioria, deferiu parcialmente habeas corpus afetado pela 2ª Turma impetrado em favor de condenado pela prática do crime descrito no art. 33, caput, c/c o art. 40, III, ambos da Lei 11.343/2006, e determinou que sejam apreciados os requisitos previstos no art. 312 do CPP para que, se for o caso, seja mantida a segregação cautelar do paciente.

Incidentalmente, também por votação majoritária, declarou a inconstitucionalidade da expressão e liberdade provisória, constante do art. 44, caput, da Lei 11.343/2006 (Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos). A defesa sustentava, além da inconstitucionalidade da vedação abstrata da concessão de liberdade provisória, o excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal no juízo de origem.

Discorreu-se que ambas as Turmas do STF teriam consolidado, inicialmente, entendimento no sentido de que não seria cabível liberdade provisória aos crimes de tráfico de entorpecentes, em face da expressa previsão legal.

Entretanto, ressaltou-se que a 2ª Turma viria afastando a incidência da proibição em abstrato. Reconheceu-se a inafiançabilidade destes crimes, derivada da Constituição (art. 5º, XLIII). Asseverou-se, porém, que essa vedação conflitaria com outros princípios também revestidos de dignidade constitucional, como a presunção de inocência e o devido processo legal.

Demonstrou-se que esse empecilho apriorístico de concessão de liberdade provisória seria incompatível com estes postulados. Ocorre que a disposição do art. 44 da Lei 11.343/2006 retiraria do juiz competente a oportunidade de, no caso concreto, analisar os pressupostos de necessidade da custódia cautelar, a incorrer em antecipação de pena. Frisou-se que a inafiançabilidade do delito de tráfico de entorpecentes, estabelecida constitucionalmente, não significaria óbice à liberdade provisória, considerado o conflito do inciso XLIII com o LXVI (ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança), ambos do art. 5º da CF. Concluiu-se que a segregação cautelar mesmo no tráfico ilícito de entorpecentes deveria ser analisada assim como ocorreria nas demais constrições cautelares, relativas a outros delitos dispostos no ordenamento. Impenderia, portanto, a apreciação dos motivos da decisão que denegara a liberdade provisória ao paciente do presente writ, no intuito de se verificar a presença dos requisitos do art. 312 do CPP. Salientou-se que a idoneidade de decreto de prisão processual exigiria a especificação, de modo fundamentado, dos elementos autorizadores da medida (CF, art. 93, IX). Verificou-se que, na espécie, o juízo de origem, ao indeferir o pedido de liberdade provisória formulado pela defesa, não indicara elementos concretos e individualizados, aptos a justificar a necessidade da constrição do paciente, mas somente aludira à indiscriminada vedação legal. Entretanto, no que concerne ao alegado excesso de prazo na formação da culpa, reputou-se que a tese estaria prejudicada, pois prolatada sentença condenatória confirmada em sede de apelação, na qual se determinara a continuidade da medida acauteladora, para a garantia da ordem pública.

O Min. Dias Toffoli acresceu que a inafiançabilidade não constituiria causa impeditiva da liberdade provisória. Afirmou que a fiança, conforme estabelecido no art. 322 do CPP, em certas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hipóteses, poderia ser fixada pela autoridade policial, em razão de requisitos objetivos fixados em lei.

Quanto à liberdade provisória, caberia ao magistrado aferir sua pertinência, sob o ângulo da subjetividade do agente, nos termos do art. 310 do CPP e do art. 5º, LXVI, da CF. Sublinhou que a vedação constante do art. 5º, XLIII, da CF diria respeito apenas à fiança, e não à liberdade provisória. O Min. Ricardo Lewandowski lembrou que, no julgamento da ADI 3112/DF (DJe de 26.10.2007), a Corte assinalara a vedação constitucional da prisão ex lege, bem assim que os princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação de ordem prisional por parte da autoridade competente mereceriam ponderação maior se comparados à regra da inafiançabilidade. O Min. Ayres Britto, Presidente, consignou que, em direito penal, deveria ser observada a personalização. Evidenciou a existência de regime constitucional da prisão (art. 5º, LXII, LXV e LXVI) e registrou que a privação da liberdade seria excepcional.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. No entanto, de ofício, **concedo a ordem** para determinar a soltura de GONZALO DORNELLAS RODRIGUEZ, 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 o voto.

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0104562-8

HC 323.022 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000852920158260626 00009093720158260642 01416351820138260000
1416351820138260000 20130000546465 20150000258781 20418282020158260000
852920158260626 9093720158260642

EM MESA

JULGADO: 01/10/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : EMERSON VILELA DA SILVA
ADVOGADO : EMERSON VILELA DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GONZALO DORNELLAS RODRIGUEZ (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.