



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 331.403 - SP (2015/0182540-9)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : MÁRCIO JOSÉ FRANCISCO
ADVOGADO : MÁRCIO JOSÉ FRANCISCO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIS FERNANDO DE CASTILHO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO (NÃO CONHECIMENTO). TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006 (INVIABILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA). PRISÃO PREVENTIVA (REQUISITOS). GRAVIDADE DOS FATOS; RISCO DE COMPROMETIMENTO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL; INTRANQUILIDADE DA POPULAÇÃO; INDICATIVO DE PROVOCAR PROBLEMAS AO BOM CONVÍVIO FAMILIAR (MERAS CONJECTURAS). PROIBIÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA CONSTANTE DO ART. 44 DA LEI Nº 11.343/2006 (INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF). CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS (AGENTE PRIMÁRIO, DE BONS ANTECEDENTES, COM RESIDÊNCIA FIXA E PROFISSÃO LÍCITA). 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 afirmar, de modo abstrato, a "gravidade do fato praticado", a "periculosidade do agente" e o suposto "risco de comprometimento da instrução criminal".

4. Por sua vez, o acórdão recorrido afirmou tão somente que o "crime de tráfico de drogas intranquiliza a população" e que "causa problemas gravíssimos ao bom convívio familiar", sem indicar nenhuma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstância pessoal do acusado ou *modus operandi* excepcionais que justificassem, no caso vertente, a prisão.

3. 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 de parte do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 pelo Supremo Tribunal Federal (Precedentes).

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 (Precedentes).

5. *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício para revogar o decreto prisional do paciente.

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 331.403 - SP (2015/0182540-9)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : MÁRCIO JOSÉ FRANCISCO
ADVOGADO : MÁRCIO JOSÉ FRANCISCO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIS FERNANDO DE CASTILHO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Valho-me do relatório constante da decisão de e-STJ fls. 71/72, nestes termos:

Trata-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado em favor de LUIS FERNANDO DE CASTILHO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Segundo consta dos autos, o paciente foi preso em flagrante no dia 23/2/2015, prisão convertida em preventiva, pela suposta prática do crime tipificado no art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

A defesa impetrou habeas corpus na Corte estadual apontando ausência dos requisitos necessários para manutenção da custódia cautelar. Destacou os predicados pessoais do paciente, argumentando ainda que, no caso de eventual condenação, o réu cumprirá pena em regime mais brando. Ao final, postulou a concessão da ordem para substituir a prisão preventiva por medida cautelar menos gravosa e a expedição do alvará de soltura. O Tribunal de origem, contudo, denegou a ordem, recebendo o acórdão a seguinte ementa (e-STJ fl. 54):

Habeas Corpus, artigos 33, caput, da lei n. 11.343/06 e 330 do código penal. Pretensão de revogação da prisão - impossibilidade. Presença dos requisitos necessários para manutenção da custódia cautelar. Vedação expressa prevista no art. 44. da lei n. 11.343/06. Constrangimento ilegal não configurado. Ordem denegada.

Na presente oportunidade, o impetrante alega "não ter sido presenciada qualquer situação de mercancia, a quantidade de entorpecente encontrada em poder do paciente poderia, por patente, consubstanciar guarda, aquisição, transporte de entorpecente para uso pessoal - conduta prevista no artigo 28 da Lei n. 11.343/06 hipótese na qual sequer se pode cogitar a manutenção da custódia cuja pena não envolve a restrição da liberdade", ou seja, a quantidade de droga apreendida - 31 (trinta e um) invólucros de maconha - não seria indicativo de traficância



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(e-STJ fl. 2).

Reafirma, ainda, os argumentos originários, sustentando estarem ausentes os pressupostos para a decretação da prisão cautelar do paciente, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Assevera, ainda, que se condenador for, o réu terá direito a cumprir pena em regime aberto, bem ainda, a substituição da sanção por pena restritiva de direitos.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, a concessão da liberdade provisória ao paciente.

Indeferida a liminar, foram prestadas informações pela autoridade coatora (e-STJ fls. 71/72 e 80/87, respectivamente).

A douta Subprocuradoria-Geral da República, ao manifestar-se, opinou pelo não conhecimento da impetração (e-STJ fls. 92/93).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 331.403 - SP (2015/0182540-9)

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.

Comunicado acerca do flagrante, o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Avaré/SP converteu a prisão de LUIS FERNANDO DE CASTILHO em preventiva, em decisão de seguintes termos (e-STJ fl. 41):

A prisão em flagrante do réu obedeceu todos os requisitos legais, sendo assegurados os seus direitos constitucionais, e também não há indícios de vícios ou irregularidades a serem sanadas, observando-se os princípios do contraditório e da ampla defesa, que poderá influir no convencimento judicial.

Em suma, a custódia preventiva é de rigor, diante da satisfação dos requisitos legalmente exigidos, ou seja, prova de materialidade delitiva e indícios da autoria, acrescidos ao risco de comprometimento da instrução criminal caso o acusado permaneça em liberdade.

Além do mais, verifico que o crime supostamente praticado pelo acusado à equiparado a hediondo e é apenado com pena privativa de liberdade máxima bem superior a 04 anos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sem contar que várias medidas vem sendo tomadas pelas autoridades para o combate ao tráfico de drogas, que podem não surtir efeito nos casos em que se coloca em liberdade aqueles que forem presos por tais delitos.

De se considerar ainda, que as medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP, não se mostram suficientes, adequadas e proporcionais à gravidade do fato praticado e à periculosidade do seu agente.

Posto isso, com fulcro no artigo 310, inciso II, 312 e 313, todos do Código de Processo Penal, com redação alterada pela Lei 12.403/11, visando garantir a ordem pública, conveniência da instrução e aplicação da Lei Penal, converto a prisão em flagrante do acusado LUÍS FERNANDO DE CASTILHO em preventiva.
(grifos nossos)

Irresignada com o decreto prisional, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal estadual, que denegou a ordem, desta forma (e-STJ fls. 55/58):

Extraí-se das informações judiciais que o paciente foi preso em flagrante como incurso nos artigos 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, e 330, na forma do 69, todos do Código Penal, porque conduzia uma motocicleta e levava na garupa o corréu FÁBIO, recebeu ordem de parada dos policiais e fugiu, sendo alcançado já nas imediações de sua residência, em cujo interior foram encontradas a quantia em dinheiro de R\$ 231,00, uma porção de crack, uma porção de maconha pesando 12 gramas, e uma capsula calibre 38 deflagrada (fls. 45/46). De se destacar que o corréu Fábio, que permaneceu do lado de fora, ao ser abordado pelos policiais os desacatou e resistiu, na seqüência, à abordagem e prisão.

Pois bem.

Diante dos documentos produzidos na seara policial, a conversão da prisão em preventiva está bem motivada e de acordo com os artigos 310, inciso II, e 312, ambos do Código de Processo Penal, e a custódia de LUÍS FERNANDO se mostra necessária, mormente, para garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal.

[...] Anoto, por oportuno, que o crime de tráfico de drogas intranquiliza a população e vem crescendo, causa 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 desmoraonamento total, considerando os entorpecentes altamente perniciosos apreendidos, ao que tudo indica, em poder do paciente?** Por certo seria mais de uma dezena de famílias sujeitas às graves conseqüências 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.

No mais, mesmo com o advento da Lei nº 12.403/11, o paciente não faz jus à liberdade provisória, pois o art. 44, da Lei nº 11.343/06, veda expressamente a aludida benesse ao denunciado de tráfico de drogas.

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

*[...] **Importante destacar que, mesmo que fosse o caso, o fato de o acusado ser primário, possuir residência fixa e trabalho lícito não impede a decretação da custódia cautelar, quando presentes os requisitos legais.** Nesse teor é a jurisprudência dominante: STF, 2ª T., HC 98.1 O/RJ, relª Minª ELLEN GRACIE, LexSTF, 374/375; STJ, 5ª T., HC 113.484/SP, rei. Min. ARNALDO ESTEVES DE LIMA, DJe, 03/11/08; STJ, 5ª T., [...]*

Como conseqüência, é evidente que as medidas cautelares alternativas não se aplicam ao caso em tela, uma vez que não se mostram suficientes, adequadas e proporcionais à gravidade do fato e às circunstâncias que o envolvem.

Por fim, 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, mesmo que em detrimento da liberdade do cidadão.

[...] Concluo, portanto, que a digna autoridade impetrada agiu em perfeita conformidade com a lei e não vislumbro qualquer ato que justifique a concessão da ordem. (negritos acrescidos)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Daí este *mandamus*, onde pleiteia o impetrante a desclassificação da conduta delitiva, ao argumento de que os fatos não indicam a ocorrência de traficância, mas sim de uso próprio das substâncias entorpecentes apreendidas. Sustenta, ainda, a ausência dos requisitos para a manutenção da custódia preventiva.

Inicialmente, observa-se da leitura do acórdão impugnado, que a Corte de origem não enfrentou a questão discutida no presente *writ* quanto à 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. Ao revés, o Tribunal de Justiça de São Paulo apenas considerou que estão presentes os pressupostos necessários para a conservação da prisão provisória, ressaltando a vedação expressa prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/2006.

Sendo assim, a possibilidade de analisar o tipo penal em que o paciente estaria incurso não pode ser submetida a esta Corte Superior, sob pena de configurar indevida supressão de instância.

A propósito, confira-se o seguinte precedente:

[...] 1. As teses referentes à desnecessidade e à desproporcionalidade da prisão preventiva, em razão da alegada posse dos entorpecentes para uso pessoal e da possibilidade, em caso de condenação, de o réu ser beneficiado com a substituição da pena por medidas restritivas de direitos, não foram examinadas no acórdão recorrido, o que impede a análise dos temas diretamente por este STJ, sob pena de indevida supressão de instância. [...] (RHC-50.288/SC, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo, Quinta Turma, j. em 18/6/2015, DJ de 25/6/2015)

De mais a mais, ainda que assim não fosse – vale dizer, ainda que o Tribunal de origem houvesse tratado sobre o possível enquadramento da conduta no delito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006 –, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a realização da pretendida desclassificação, dada a impossibilidade de se proceder à análise do parâmetro probatório, pela via estreita do remédio constitucional. Ademais, tratar-se-ia de uma indevida substituição à instância ordinária, soberana no conhecimento dos fatos e no julgamento da lide. Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...] *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.

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.

É de ver, 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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quer-me parecer, no entanto, de nenhuma sustentabilidade os fundamentos locais para a preventiva.

Além da prova de existência do crime e de indícios suficientes de autoria delitiva, valeu-se o decreto preventivo de argumentos genéricos, ao defender que "várias medidas vem sendo tomadas pelas autoridades para o combate ao tráfico de drogas, que podem não surtir efeito nos casos em que se coloca em liberdade aqueles que forem presos por tais delitos" (e-STJ fl. 41).

Sem amparo em dados concretos que o justificassem, entendeu o Magistrado pela necessidade da segregação do paciente, dado o "risco de comprometimento da instrução criminal caso o acusado permaneça em liberdade", e em razão da "gravidade do fato praticado" e da "periculosidade do seu agente" (e-STJ fl. 41).

Por sua vez, o acórdão recorrido afirmou tão somente que "o crime de tráfico de drogas intranquiliza a população" e que "causa problemas gravíssimos ao bom convívio familiar" (e-STJ fl. 56), sem indicar nenhuma circunstância pessoal do acusado ou *modus operandi* excepcionais que justificassem, no caso vertente, a prisão.

Entretanto, não justifica a prisão o discurso judicial que se apresenta puramente teórico, baseado em meras presunções, carente de real elemento de convicção. "*O juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito, a frieza do agente e a suposta intranquilidade social não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão para garantia da ordem pública, se desvinculados de qualquer fator concreto. Além disso, não houve comprovação quanto a possibilidade de reiteração delitiva*" (HC-109.188/CE, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, j. em 11/11/2008, DJ de 01/12/2008).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, de intranquilidade social e indicativo de que possa provocar problemas ao bom convívio familiar não são bastantes para justificar a custódia preventiva. Mais ainda quando o recorrente guarda condições pessoais favoráveis, como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e profissão lícita. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

Por fim, além de o decreto de prisão haver considerado que "o crime supostamente praticado pelo acusado é equiparado a hediondo", também se observa que o acórdão do Tribunal de origem sustentou que é vedada a concessão de liberdade provisória a acusado de tráfico de entorpecentes (e-STJ fls. 41 e 56/57, respectivamente).

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:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 restrições 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.

Assim, não é crível presumir que o paciente, em liberdade, represente risco à ordem pública e provoque "risco de comprometimento da instrução criminal" (e-STJ fl. 41). *"Caracteriza constrangimento ilegal a manutenção da prisão preventiva amparada tão-somente na gravidade genérica dos delitos em tese cometidos, assim como na presunção de reiteração criminosa, dissociada de qualquer fator concreto e individualizado, especialmente em se considerando a primariedade e ausência de antecedentes criminais do paciente"* (HC-100.292/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 28/10/2008, DJ de 24/11/2008).

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. No entanto, de ofício, **concedo a ordem** para revogar o decreto prisional expedido em face de LUIZ FERNANDO DE CASTILHO, nos autos do Processo nº 0001164-53.2015.8.26.0073, que tramita junto a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1ª Vara Criminal da Comarca de Avaré/SP, sem prejuízo de que nova prisão cautelar seja decretada posteriormente, de forma fundamentada, bem como sem prejuízo de serem eventualmente fixadas medidas cautelares diversas da prisão constantes do art. 319 do Código de Processo Penal pelo Juízo local, caso demonstrada sua necessidade.

É o voto.

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0182540-9

HC 331.403 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00011645320158260073 11645320158260073 20150000434365 20599854120158260000

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 : MÁRCIO JOSÉ FRANCISCO
ADVOGADO : MÁRCIO JOSÉ FRANCISCO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIS FERNANDO DE CASTILHO (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, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.