



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 65.720 - MG (2015/0290894-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
RECORRENTE : ANTONIO MARCOS DE OLIVEIRA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO *EM HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. É certo que a gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes não serve de fundamento para a negativa do benefício da liberdade provisória, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei nº 11.343/2006 pelo Supremo Tribunal Federal.

3. Na hipótese, as decisões precedentes não apontaram fundamentos suficientes para justificar a restrição da liberdade do paciente, tendo-se valido, o decreto prisional, da suposta vedação genérica à concessão de liberdade provisória a acusado de tráfico ilícito de entorpecentes, além de argumentos abstratos sobre a contribuição do delito para a disseminação de diversos outros crimes. Além disso, o parecer ministerial reconhece como de pequena monta a quantidade de drogas apreendida (19,83 g de maconha e 1,18 de cocaína), além de admitir a existência de condições pessoais favoráveis ao acusado.

4. As 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, como ocorre no caso em apreço.

5. Acolhido o parecer ministerial. Recurso provido para determinar a soltura do paciente, sob a imposição das medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319, incisos I e IV, do Código de Processo Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de março de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 65.720 - MG (2015/0290894-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

RECORRENTE : ANTONIO MARCOS DE OLIVEIRA (PRESO)

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, com pedido liminar, interposto por ANTÔNIO MARCOS DE OLIVEIRA, preso cautelarmente por suposta infração ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que denegou a ordem ao HC n. 1.0000.15.072350-0/000, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 92):

HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - PRISÃO PREVENTIVA - DECISÃO FUNDAMENTADA - PRESENÇA DOS REQUISITOS DOS ARTIGOS 312 E 313 DO CPP - RELEVANTE QUANTIDADE DE ENTORPECENTES - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO - ORDEM DENEGADA.

- Presente uma das hipóteses autorizadores da prisão preventiva, previstas no art. 313, do CPP, bem como os requisitos do art. 312 do mesmo diploma legal, mostra-se acertada a manutenção da medida constritiva de liberdade, caso não seja recomendada a sua substituição por nenhuma outra de natureza cautelar presente no art. 319 do CPP que irá surtir o efeito desejado.

- Inexiste constrangimento ilegal se a decisão que manteve a prisão cautelar visa salvaguardar a ordem pública, tendo em vista a gravidade concreta dos atos praticados, a periculosidade do paciente.

- Condições pessoais favoráveis, como primariedade, bons antecedentes e residência fixa, por si só, não são garantidoras do eventual direito a responder ao processo em liberdade, sobretudo se a prisão se faz necessária para a garantia da ordem pública.

Nas razões do presente recurso, a defesa alega, em síntese, não estarem presentes os requisitos autorizadores da medida constritiva cautelar, previstos no art. 312 do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CPP.

Diante disso, requer, em liminar e no mérito, a revogação do decreto de prisão preventiva.

O pleito urgente foi indeferido (e-STJ fls. 123/124).

Prestadas as informações (e-STJ fls. 133/134), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso em parecer assim ementado (e-STJ fl. 154):

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI ? 11.343/06). PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. A QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA NÃO É DE ELEVADA MONTA. INSUFICIÊNCIA, POR SI SÓ, PARA LEVAR À MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. RÉU PRIMÁRIO. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. SUFICIÊNCIA E ADEQUAÇÃO. PARECER PELO PROVIMENTO DO RECURSO PARA REVOGAR A PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE, DETERMINANDO-SE AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU QUE FIXE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 65.720 - MG (2015/0290894-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Busca-se, em síntese, a revogação da prisão preventiva imposta ao recorrente, em razão da prática, em tese, do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Na hipótese, a decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva encontra-se assentada nos seguintes fundamentos, no que interessa (e-STJ fls. 41/43):

(...) Diante do exposto, os indícios de autoria são reforçados pela quantidade, diversidade (Maconha e Cocaína) e forma de acondicionamento das drogas apreendidas, ou seja, já fracionadas em invólucros de plástico, assim como o dinheiro trocado em notas de "RS 100.001 RS 50.00. RS 20.00. RS 10.00 e RS 2.00). Diante dessas circunstâncias, percebe-se claramente a periculosidade do Conduzido, razão pela qual faz necessária a sua prisão preventiva para garantia da ordem pública.

Nesse ponto, registro que na presente fase não se exige prova plena, elementos probatórios uníssomos e concludentes sobre a certeza da autoria, cujas questões são afetas ao mérito da questão, a serem apreciadas quando da entrega da prestação jurisdicional final. Outrossim, necessário se faz essa análise da "fotografia" do flagrante para fins do art. 310 do CPP e consequentemente da prisão preventiva (art. 312 do mesmo diploma legal), conforme prevê o art. 93, IX, da Constituição Federal.

A CAC e FAC juntadas nos presentes demonstram que o Conduzido é primário.

(...)

Registro que a proliferação do tráfico deve ser interrompida, pois tal delito contribuiu para a disseminação de diversos outros crimes (como corrupção de menores, homicídios, furtos, roubos, ameaças de testemunhas, dentre outros), causando abalo à ordem pública.

Acrescente-se que deve ser acolhido o posicionamento constitucional de que a proibição da concessão da liberdade provisória em crimes hediondos, como é o de tráfico ilícito por equiparação, decorre da própria inafiançabilidade imposta pelo texto da CR/88 em seu art. 5º, XLIII. (...) - grifos acrescidos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal de origem, por sua vez, em sede de *habeas corpus*, também manteve a segregação do recorrente, assim destacando (e-STJ fl. 96):

(...) Demonstrados a materialidade do crime e indícios suficientes de autoria - fumus comissi delicti bem como devidamente comprovada, em elementos concretos dos autos, a necessidade de se resguardar a ordem pública - periculum libertatis a manutenção da custódia do paciente é a medida mais adequada para o caso em análise, presentes, portanto, os requisitos elencados no art. 312 e art. 313,1, do CPP. (...)

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).

Dessa forma, o decreto prisional em exame merece ser reformado.

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

Nesse contexto, verifica-se que, ao contrário do que argumentou o Juiz *a quo*, não há mais falar na anterior proibição da concessão da liberdade provisória em crimes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hediondos.

Ademais, as alegações do Magistrado singular como as de que "o delito contribuiu para a disseminação de diversos outros crimes (como corrupção de menores, homicídios, furtos, roubos, ameaças de testemunhas, dentre outros), causando abalo à ordem pública" (e-STJ fl. 42), constitui-se em discurso puramente teórico, sem respaldo em circunstância fática demonstrada nos autos, não se mostrando apto a justificar a segregação cautelar *in casu*.

Com efeito, *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).

Na hipótese, além disso, o parecer ministerial aduziu relevantes argumentos a respeito do caso concreto (e-STJ fl. 159):

(...) É preciso considerar a situação concreta do caso, evidenciando a prescindibilidade da manutenção da custódia cautelar, pois trata-se de paciente primário, consoante reconhecido no decreto prisional (e-STJ fls. 42), circunstância que deve ser devidamente valorada, quando demonstrada a possibilidade de substituição da prisão por medidas cautelares diversas da prisão.

*Assim, considerando a ausência de demonstração da necessidade da segregação cautelar, tendo em vista a insuficiência dos fundamentos adotados pelas instâncias ordinárias e levando-se em conta que a **quantidade da droga apreendida não é de elevada monta, bem como as condições pessoais favoráveis do recorrente**, tais circunstâncias revelam a suficiência e adequação da imposição de medidas cautelares diversas da prisão preventiva.*

Certo é, repita-se, que 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.

Assim, afirmações genéricas e abstratas sobre a gravidade genérica do delito não são bastantes para justificar a custódia preventiva, caso não haja o apontamento de algum elemento concreto que a fundamente.

Nesse sentido, confira-se os seguintes precedentes desta Corte:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. AUTORIZAÇÃO DA GENITORA DO PACIENTE. RECONHECIMENTO DE QUE A DROGA SE DESTINA A CONSUMO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

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. Extrai-se do auto de prisão em flagrante que a genitora do paciente autorizou a entrada dos policiais militares em sua residência. Uma vez franqueada a entrada dos policiais responsáveis pelo ato, torna-se dispensável o mandado judicial, afastando-se, portanto, qualquer ilegalidade.

3. O reconhecimento de que o paciente é mero usuário e de que a droga apreendida se destinava a seu consumo e não ao tráfico é questão que demanda análise do conjunto fático-probatório, o que não se coaduna com a via estreita do presente mandamus.

4. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a prisão cautelar, por se tratar de 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.

5. A decisão que decretou a prisão preventiva não apresentou motivação concreta, apta a justificar a sua segregação cautelar,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tendo se limitado apenas a explicar a gravidade e as consequências do crime de tráfico, mormente considerando a quantidade e a natureza da droga (13 porções de maconha). Constrangimento ilegal evidenciado.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício. (HC n. 310.338/SP, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 18/05/2015).

[...] 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, consequentemente, cassar a prisão preventiva do paciente, [...] (HC-316.708 / SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 30/6/2015, DJe 3/8/2015)

Vale lembrar que a existência de condições subjetivas favoráveis ao recorrente *in casu*, tal como reconhecido pelo parecer ministerial, conquanto não sejam garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando não for demonstrada a real indispensabilidade da medida constritiva, como ocorre no caso em apreço.

Nesse sentido:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso para determinar a soltura de ANTONIO MARCOS DE OLIVEIRA, se por outro motivo não estiver preso, sob a imposição das medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319, incisos I e IV, do Código de Processo Penal, sem prejuízo de que seja decretada nova custódia, com base em fundamentação concreta, caso demonstrada sua necessidade, bem como de que sejam eventualmente fixadas outras medidas cautelares constantes do referido art. 319 pelo Juízo local.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0290894-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **RHC 65.720 / MG**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 07235009520158130000 10000150723500001 231150339340 7235009520158130000

EM MESA

JULGADO: 03/03/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ANTONIO MARCOS DE OLIVEIRA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.