



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 32.695 - TO (2012/0087143-1)

RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE
RECORRENTE : MELQUESEDEQUE MARTINS NUNES
ADVOGADO : HERO FLORES DOS SANTOS - DEFENSOR PÚBLICO E OUTROS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS

EMENTA

RECURSO EM **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO DE DROGAS. **1.** PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA PAUTADA NA GRAVIDADE **IN ABSTRACTO** DA CONDUTA. NECESSIDADE DA MEDIDA EXTREMA NÃO EVIDENCIADA. **2.** LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO LEGAL. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. STF/HC Nº 104.339/SP - STF. **3.** ORDEM CONCEDIDA.

1. Não se pode olvidar que a regra em nosso ordenamento jurídico é a liberdade, de forma que toda prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória reveste-se de excepcionalidade, assumindo natureza exclusivamente cautelar. Assim, a segregação preventiva só pode ser decretada e mantida em razão de decisão escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, quando preenchidos os pressupostos necessários insculpidos no art. 312 do Código de Processo Penal e demonstrada concretamente e objetivamente sua real necessidade.

2. No julgamento do **Habeas Corpus** nº 104.339/SP, o Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei nº 11.343/2006, que proibia a concessão de liberdade provisória nos crimes de tráfico de entorpecentes. Dessa forma, para a manutenção da prisão cautelar nos mencionados crimes, devem ser observados os parâmetros do art. 312 do Código de Processo Penal, que subordinam a medida excepcional ao **fumus comissi delicti** e ao **periculum libertatis**, ausentes no caso em apreço.

3. Na hipótese vertente, a custódia foi mantida considerando-se exclusivamente a gravidade **in abstracto** do crime - fundamentação inidônea.

4. Não se mostra como fundamento suficiente para a decretação da custódia cautelar a simples referência ao delito em si e à sua repercussão social, sem que se aponte elementos concretos indicadores da necessidade da medida extrema.

5. Tem-se claro, destarte, que o que se pretende, com a combatida medida, é antecipar o cumprimento de eventual condenação, atribuindo-lhe caráter de punição, o que não se pode admitir.

6. Recurso provido para garantir ao recorrente o direito de responder em liberdade ao feito de que se cuida, se por outro motivo não estiver preso, devendo assinar termo de compromisso de comparecimento a todos os atos do processo, resguardado ao Magistrado singular a possibilidade de decretação de outras medidas cautelares diversas da prisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 26 de junho de 2012 (data do julgamento).

Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 32.695 - TO (2012/0087143-1)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (Relator):

Trata-se de recurso ordinário em **habeas corpus** impetrado em favor de Melquisedeque Martins Nunes, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de Tocantins.

Consta dos autos ter sido o recorrente preso em flagrante, em 2/2/2012, após ser surpreendido na posse de 5 (cinco) tabletes de maconha, pesando 18,69 gramas. Posteriormente, foi denunciado pela suposta prática do delito tipificado no art. 33, **caput**, da Lei n.º 11.343/2006.

Comunicada pela Autoridade Policial, o flagrante foi convolado em prisão preventiva pelo Juízo singular, sob o fundamento de que estariam presentes os seus requisitos, consistentes na necessidade de se resguardar a ordem pública e para assegurar a instrução criminal e a aplicação da lei penal.

Irresignada, a defesa impetrou prévio **habeas corpus** na Corte de origem, tendo a Segunda Câmara Criminal denegado a ordem, em acórdão assim ementado (fl. 50):

HABEAS CORPUS – PRISÃO PREVENTIVA – PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES – TRÁFICO DE DROGAS - DECISÃO FUNDAMENTADA – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – ORDEM DENEGADA. 1 – Estando o decreto de prisão preventiva suficientemente fundamentado na garantia da ordem pública, tecendo considerações acerca das circunstâncias do delito e das condições pessoais do paciente, não há que se falar em constrangimento ilegal. 2 – Presentes os pressupostos da prisão cautelar, constatada a materialidade do delito e fortes indícios da autoria, notadamente se aferido concretamente o risco que a liberdade causaria à sociedade, tais características demonstram a periculosidade do paciente e o desrespeito ao meio social, devendo a prisão ser mantida com fulcro na garantia da ordem pública. 3 – Ordem denegada.

Por isso o presente recurso, em que sustenta o impetrante, em síntese, falta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos pressupostos legais autorizadores da segregação preventiva insculpidos no art. 312 do Código de Processo Penal e carência de fundamentação concreta do decreto prisional, pautado exclusivamente na gravidade **in abstracto** do delito.

Postula, assim, a imediata expedição de alvará de soltura em favor do ora recorrente, concedendo-lhe liberdade provisória.

Recebidos os autos neste Tribunal Superior, foram encaminhados ao Ministério Público Federal, o qual, ao se manifestar, em parecer da lavra do Exmo. Subprocurador-Geral da República Dr. Durval Tadeu Guimarães, opinou pelo provimento do recurso.

É o breve relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 32.695 - TO (2012/0087143-1)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (Relator):

Diante das razões defensivas, entendo que a hipótese dos autos é de provimento do recurso.

Cumpre ressaltar, inicialmente, que a regra em nosso ordenamento jurídico é a liberdade, de forma que toda prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória reveste-se de excepcionalidade, assumindo natureza exclusivamente cautelar.

Busca-se, assim, garantir o princípio constitucional da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, segundo o qual "todo homem é considerado inocente até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei" (art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão).

A segregação preventiva só pode, dessarte, ser decretada e mantida em razão de decisão escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, quando preenchidos os pressupostos necessários insculpidos no art. 312 do Código de Processo Penal e demonstrada concretamente e objetivamente sua real necessidade.

É dizer, faz-se imprescindível identificar condutas imputadas ao acusado tendentes à concreta perturbação da ordem pública e econômica ou da instrução processual, ou que ponham em risco a aplicação da lei penal – quer por intimidação da vítima ou das testemunhas, quer por interferência nas provas do processo, ou ainda em razão do risco à reiteração delitiva ou à possibilidade de o acusado tentar se furtar à aplicação da lei.

Não basta, portanto, para autorizar a custódia cautelar, alegações genéricas, decorrentes da repugnância causada pelo próprio tipo penal, que remetem à gravidade do crime em abstrato – como a sensação de instabilidade à ordem pública ou a generalização



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da sensação de impunidade e insegurança.

Impende ressaltar, outrossim, que não pairam mais dúvidas sobre a possibilidade de concessão de liberdade provisória aos acusados por tráfico de entorpecentes.

É que recentemente, no julgamento do **Habeas Corpus** nº 104.339/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes - sessão de 10/5/2012 -, o Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei nº 11.343/2006, que proibia a concessão de liberdade provisória nos crimes de tráfico. Na oportunidade, entendeu o Ministro Relator que a mencionada norma, ao afastar a liberdade provisória de forma genérica, retirava do magistrado a possibilidade de, no caso concreto, "analisar os pressupostos da necessidade do cárcere cautelar em inequívoca antecipação de pena, indo de encontro a diversos dispositivos constitucionais".

Dessa forma, reconhecida a inconstitucionalidade da vedação legal à liberdade provisória, devem ser observados necessariamente, para a manutenção da prisão cautelar nos crimes de tráfico, os parâmetros do art. 312 do Código de Processo Penal, que subordinam a medida excepcional ao **fumus comissi delicti** e ao **periculum libertatis**, ausentes na hipótese em apreço.

Com efeito, o Magistrado singular indeferiu o pleito de liberdade provisória por vislumbrar os elementos do citado art. 312, em decisão assim fundamentada (fls. 14/17):

*No caso concreto, entendo caracterizado o **fumus comissi delicti** – haja vista haver prova da materialidade e indícios suficientes da autoria, levando-se em consideração os depoimentos das testemunhas do flagrante.*

*Da mesma forma, também se faz presente o **periculum in libertatis**. A uma, para a garantia da ordem pública, haja vista que o **status libertatis** do flagrado poderá oferecer risco à paz social, considerando que a sociedade está a clamar por uma atuação mais firme de todas as instituições no combate ao tráfico de drogas. Não se combate o tráfico com o prende-solta de traficantes. Pela sua própria natureza, o tráfico de drogas é daqueles crimes em que o traficante faz dele o seu meio de vida. Se for preso e em seguida solto, voltará a atuar inexoravelmente, como a prática vem demonstrando. Salvo se vislumbrar que haverá risco efetivo à sua liberdade de locomoção, circunstância que não é alcançada, por óbvio, se obter a liberdade provisória.*

Ademais, em que pese a gravidade do crime não ser base, por si só, para a custódia cautelar, no presente caso ela vem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acompanhada de outros elementos autorizadores. Nesse sentido, não é de ser ignorado o aumento considerável do crime de tráfico de drogas nesta Capital e todas as consequências de natureza social que isso representa.

A duas, a prisão processual dos flagrados também se justifica para assegurar a instrução criminal e a aplicação da lei penal, haja vista a ausência de elementos que indiquem que o flagrado, em liberdade, permanecerá no distrito da culpa. Não apresenta nenhum vínculo que os animem a permanecer nesta cidade, sendo que o primeiro flagrado afirmou perante a autoridade policial que está desempregado.

Registre-se que também resta configurada a exigência do artigo 313, I, do CPP, uma vez que o crime atribuído ao flagrado é punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos.

Ressalte-se, por fim, que não cabe a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão especificadas no art. 319, do CPP, tendo em vista que nenhuma delas mostra-se adequada à gravidade do crime, portanto, não se encontram preenchidas as condições do art. 282, do mesmo Código.

Logo, presentes o requisitos especificados no artigo 312, do Código de Processo Penal, e demonstrada a circunstância do art. 313, inciso I, do mesmo diploma legal, bem como a inadequação das medidas cautelares diversas da prisão, a decretação da prisão preventiva do flagrado é medida que se impõe.

Por seu turno, a Corte **a quo** manteve a segregação preventiva nos termos que se seguem (fls. 48/49):

*Ora, **in casu**, da análise dos documentos carreados para os autos, percebe-se que restou demonstrado o **fumus commissi delicti**, em razão dos fortes e contundentes indícios acerca da materialidade e da autoria delitiva, porquanto o paciente foi preso em flagrante portando droga no formato de tablets, em circunstâncias que apontam a traficância.*

*Quanto ao **periculum libertatis**, em consonância com os fundamentos utilizados pelo juiz monocrático, o crime de tráfico de drogas é de gravidade extrema, com repercussão na saúde e ordem públicas, devendo merecer maior censurabilidade e combate pelas autoridades, a fim de se evitar o aumento dos índices de crimes dessa natureza em nosso Estado.*

No mais, frisa-se que o fundamento da garantia da ordem pública, utilizado pelo magistrado de primeiro grau para decretar a prisão preventiva do Paciente está compatível com a segurança jurídica na medida em que relacionou o crime de tráfico ao crescente consumo de drogas na capital e as suas consequências.

(...).

O magistério de Fernando da Costa Tourinho Filho (in Código de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processo Penal Comentado, vol. 1, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, página 543), conceitua ordem pública como a paz, a tranquilidade no meio social. Argumenta que, se o indiciado ou réu estiver cometendo novas infrações penais, ou mesmo se ele já vinha cometendo, sem que a polícia lograsse prendê-lo em flagrante, ou se estiver fazendo apologia de crime ou incitando ao crime, ou mesmo se reunindo em quadrilha ou bando, haveria perturbação da ordem pública.

Desse modo, a decisão combatida não acarretou o constrangimento aduzido pelo Impetrante, tampouco violou os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade em face do potencial lesivo da conduta do Paciente e seu comparsa.

Na esteira desse raciocínio, é cediço que a segregação provisória não ofende a presunção de inocência, notadamente quando fundada nos pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal.

*Portanto, após uma detida análise deste **writ**, conclui-se o Magistrado singular fundamentou a decisão recorrida em aspectos subjetivos capazes de justificar a prisão do Paciente.*

Como se depreende dos excertos acima destacados, não se vislumbra nenhum motivo sólido a impedir que o recorrente responda em liberdade o sentenciamento do feito, evidenciando-se que a custódia foi mantida considerando-se exclusivamente a gravidade **in abstracto** do crime.

Constata-se, assim, manifesto constrangimento ilegal na liberdade de locomoção do ora recorrente, porquanto não comprovada a imprescindibilidade da imposição da medida extrema, que deve se pautar sempre pela configuração empírica dos requisitos consignados na Lei Processual Adjetiva.

Tem-se claro, destarte, que o que se pretende, com a combatida medida, é antecipar o cumprimento de eventual condenação, atribuindo-lhe caráter de punição, o que não se pode admitir.

Essa conjuntura torna patente a desnecessidade de preservação da prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Em consonância com o entendimento aqui defendido, confira-se ilustrado julgado do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS - DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR - SÚMULA 691/STF - SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR - PRISÃO EM FLAGRANTE MANTIDA POR DECISÃO QUE INDEFERE PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA - FALTA DE ADEQUADA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FUNDAMENTAÇÃO - CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL - UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, NO INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE LIBERDADE **PROVISÓRIA**, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - LEI DE DROGAS (ART. 44) - **PRISÃO CAUTELAR "EX LEGE"** - INADMISSIBILIDADE (HC 100.742/SC, REL. MIN. CELSO DE MELLO) - SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA - PRECEDENTES - "HABEAS CORPUS" CONCEDIDO DE OFÍCIO. DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR - SÚMULA 691/STF - SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sempre em caráter extraordinário, tem admitido o afastamento, "hic et nunc", da Súmula 691/STF, em hipóteses nas quais a decisão questionada divirja da jurisprudência predominante nesta Corte ou, então, veicule situações configuradoras de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade. Precedentes. Hipótese ocorrente na espécie. A **PRISÃO CAUTELAR** CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL. - *A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada ou mantida em situações de absoluta necessidade. A prisão cautelar, para legitimar-se em face do sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e presença de indícios suficientes de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. - A questão da decretabilidade ou manutenção da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária. Precedentes. A MANUTENÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU. - A prisão cautelar não pode - nem deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão cautelar - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. A GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME NÃO CONSTITUI*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. - A natureza da infração penal não constitui, só por si, fundamento justificador da decretação da **prisão** cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. Precedentes. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE MANTER-SE A **PRISÃO** EM FLAGRANTE DO PACIENTE. - Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da **prisão** cautelar. - Presunções arbitrárias, construídas a partir de juízos meramente conjecturais, porque formuladas à margem do sistema jurídico, não podem prevalecer sobre o princípio da liberdade, cuja precedência constitucional lhe confere posição eminente no domínio do processo penal. (HC nº 105.270/SP, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, DJE de 6/9/2011 - grifou-se.)

No mesmo sentido, são os precedentes deste Tribunal Superior:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. INDEFERIMENTO DA LIBERDADE PROVISÓRIA. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO.

1. A jurisprudência desta Corte tem proclamado que a prisão cautelar é medida de caráter excepcional, devendo ser imposta, ou mantida, apenas quando atendidas, mediante decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da Constituição Federal), as exigências do art. 312 do Código de Processo Penal. Isso porque a liberdade, antes de sentença penal condenatória definitiva, é a regra, e o enclausuramento provisório, a exceção, como têm insistido esta Corte e o Supremo Tribunal Federal em inúmeros julgados, por força do princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade.

2. A decisão que indeferiu a liberdade provisória não indicou de que forma a liberdade do paciente colocaria em risco a ordem pública, a conveniência da instrução criminal ou a aplicação da lei penal.

3. Com efeito, motivação genérica, isto é, que não delineie, por meio de elementos concretos, a necessidade da custódia, equivale, em si mesma, à ausência de motivação, inquinada de vício absoluto de nulidade.

4. A jurisprudência tem repudiado a aplicação da custódia cautelar como forma de antecipação de pena ou resposta ao clamor público ou sentimento de insegurança da sociedade.

5. Ordem concedida para assegurar ao paciente a liberdade provisória na ação penal aqui tratada. (HC nº 214.446/MS, Relator o Ministro OG FERNANDES, DJE de 26/9/2011 - grifou-se.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Forte em tais razões, dou provimento a este recurso ordinário em **habeas corpus** para garantir ao recorrente o direito de responder em liberdade ao feito de que se cuida, se por outro motivo não estiver preso, devendo assinar termo de compromisso de comparecimento a todos os atos do processo, resguardado ao Magistrado singular a possibilidade de decretação de outras medidas cautelares diversas da prisão.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0087143-1

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 32.695 / TO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 50011248620128270000

EM MESA

JULGADO: 26/06/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **PAULO GUSTAVO GONET BRANCO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MELQUESEDEQUE MARTINS NUNES

ADVOGADO : HERO FLORES DOS SANTOS - DEFENSOR PÚBLICO E OUTROS

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS

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 Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.